

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU
DROIT DE RETENTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT
L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS
sera soutenu le jeudi 2 juin 1898, à 8 h. 1/2.

PAR

C. GAULTIER

Président : M. WEISS, professeur,
Suffragants { MM. BOISTEL, professeur,
PIEDELIEVRE, professeur.

PARIS
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, Rue Soufflot, 16

1898

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU

DROIT DE RETENTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera soutenu le jeudi 2 juin 1898, à 8 h. 1/2.

PAR

C. GAULTIER

Président : M. WEISS, *professeur*,
Suffragants { MM. BOISTEL, *professeur*,
PIEDELIEVRE, *professeur*.



PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, 16

—
1898

INTRODUCTION

Les titres XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX du Code civil sont consacrés à l'organisation civile du crédit, c'est-à-dire au système des garanties que la loi établit ou autorise à établir comme sûretés des obligations.

Le titre XVIII traite des causes légitimes de préférence : des privilèges et des hypothèques. Il débute par des dispositions générales renfermant trois données fondamentales : le principe de la distribution au marc le franc, l'existence de droits de préférence, la limitation des causes de préférence aux seuls privilèges et hypothèques.

Principe de la distribution au marc le franc. — Les articles 2092, 2093 du Code civil établissent que le patrimoine du débiteur répond de ses obligations et donnent aux créanciers un droit de gage général sur les biens du débiteur ; droit de gage qui se traduit par trois prérogatives : le droit de saisie sur ses biens, le droit d'exercer ses droits et actions, le droit de faire annuler les actes faits par lui en fraude des droits de ses créanciers.

De quelque façon que les biens du débiteur aient été

réalisés, comment les valeurs vont-elles être distribuées aux créanciers ?

Le prix des biens du débiteur se distribue par contribution, répond l'article 2093, et c'est là la règle de droit commun ; il n'y a pas en principe de droit de préférence entre les créanciers, tous viennent au concours.

La date des créances ne constitue pas une cause de préférence.

Il ne résulte pas non plus de préférence du fait qu'un des créanciers a pris l'initiative des poursuites devant aboutir à la vente des biens et à la distribution du prix. Ainsi, pour la saisie-arrêt le créancier saisissant fait défense au débiteur de son débiteur de payer à celui-ci la somme ou la chose mobilière qu'il lui doit et il agit pour obtenir un jugement qui lui attribue la créance du saisi, son débiteur ; mais si au cours de la procédure d'autres créanciers se présentent et demandent à être payés sur ces mêmes fonds, prétentions qu'ils manifesteront en formant une opposition entre les mains du tiers saisi, ils acquerront un droit égal à celui du créancier premier saisissant et participeront avec lui à la contribution. Quand bien même un jugement serait intervenu validant la saisie-arrêt du premier saisissant, tant que ce jugement n'a pas acquis force de chose jugée, de nouvelles oppositions peuvent valablement être faites (1).

1. En pratique, il est fait un rude échec à cette règle par suite de la théorie dite de l'affectation spéciale, d'abord appliquée par le

Il n'y a pas non plus à distinguer selon les causes des créances à moins toutefois qu'elles ne soient de celles qui ont motivé un privilège. Ainsi, une créance résultant d'une donation n'est pas primée par des créances nées d'un contrat à titre onéreux.

Mais si la règle est la distribution au marc le franc, il faut reconnaître qu'en fait le législateur n'a pas assez veillé à son observation. Supposons le débiteur insolvable: il y a deux situations à envisager, selon qu'on se trouve en présence d'un commerçant ou d'un non-commerçant.

S'agit-il d'un commerçant qui a cessé ses paiements, il y a lieu à une faillite ou à une mise en liquidation judiciaire de son patrimoine; il s'établit alors un régime collectif de liquidation par l'effet duquel il est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens en faveur de la masse représentée par un syndic ou un tribunal de la Seine et qui est aujourd'hui en usage dans tous les tribunaux. Le saisissant et le saisi vont d'accord devant le juge des référés; le saisissant limite sa saisie au montant de sa créance, le saisi lui consent un transport pour cette valeur et le juge constate ces conventions dans son ordonnance. La somme ainsi limitée est déposée à la caisse des consignations avec affectation spéciale au paiement de la créance du saisissant. Grâce à cette pratique, le saisi obtient main-levée de la saisie-arrêt pour le surplus de sa créance, le tiers saisi n'a plus à craindre le recours du saisissant et ce dernier est ainsi sûr d'obtenir le paiement du montant de sa créance et évite le concours des autres créanciers. Nous renvoyons sur les conséquences de cette théorie, sur les discussions théoriques et pratiques qu'elle soulève, à la thèse de notre ami M. Henri Lecouturier : *Les effets de la saisie-arrêt*, p. 115 et s. où cette intéressante question est très bien étudiée.

liquidateur judiciaire ; ses créanciers sont avertis par un système de publicité très sérieuse, ils peuvent ainsi se faire connaître et, par suite, l'égalité peut exister entre eux d'une manière aussi exacte que possible.

S'agit-il au contraire d'un non-commerçant, il n'y a plus ni faillite ni liquidation judiciaire ; si, en fait, il est insolvable, on dit qu'il est en état de déconfiture ; le principe est en pareil cas chacun pour soi et l'avantage est aux plus diligents. Les premiers créanciers qui se présentent sont immédiatement et intégralement remboursés et il ne reste rien pour les autres qui, cependant, n'ont pas été avertis de la situation de leur débiteur. Cet état de choses contraire à la règle de l'égalité des créanciers est encore aggravé par l'admission des hypothèques judiciaires : tout créancier qui a obtenu un jugement de condamnation contre son débiteur a, de plein droit, une hypothèque générale sur tous les immeubles présents et à venir de ce débiteur (art. 2123 du Code civil), de sorte que le créancier le plus récent pourra ainsi être désintéressé aux dépens des créanciers antérieurs.

Aussi, dans beaucoup de législations modernes, a-t-on étendu le régime de la faillite au non-commerçant ; c'est ce qu'ont fait notamment : la loi allemande du 17 février 1877 ; la loi autrichienne sur la faillite de 1868 et les lois anglaises de 1861 et du 25 août 1883.

Qu'une succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle soit mauvaise puisque la loi impose cette forme d'accepta-

tion aux mineurs et aux interdits, mais en fait, le plus souvent, c'est une présomption d'insuffisance du patrimoine à désintéresser les créanciers. Il semble donc que c'eût été le cas d'organiser pour cette hypothèse un régime collectif de liquidation. Sans doute les créanciers peuvent bien faire opposition à la distribution des deniers par l'héritier bénéficiaire et donner ainsi lieu à un régime collectif de liquidation (art. 808 Cod. civ.); mais il faut pour cela qu'un créancier prenne l'initiative et forme opposition sinon la distribution aura lieu au fur et à mesure que des créanciers se présenteront et tant qu'il restera des deniers à distribuer; les derniers venus n'auront aucun recours à exercer contre ceux qui auront obtenu un paiement intégral (art. 809 Cod. civ.), et cependant aucune mesure de publicité n'est édictée pour appeler les créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire à faire valoir leurs droits.

Quoiqu'il en soit, et malgré cette lacune de réglementation civile de la déconfiture, le principe est la contribution (1).

Des causes de préférence. De leur limitation aux seuls privilèges et hypothèques. Des exceptions apparentes à ce principe. — L'article 2093 du Code civil, après avoir établi que la règle entre les créanciers était la contribution, ajoute « à moins qu'il n'y ait entre les

1. Nous trouvons cette absence de réglementation regrettable tout en étant loin de souhaiter l'extension du régime de la faillite telle qu'elle est organisée par nos lois, aux non commerçants.

créanciers des causes de préférence : L'article 2094 cite ces causes de préférence ce sont les privilèges et hypothèques et son énumération est limitative. Ces modes de crédit réel sont les seules causes permettant à des créanciers d'être payés par préférence sur le prix des biens de leur débiteur affectés à la garantie de leur dette. C'est ce que veut dire l'article 2094 et c'est uniquement ce qu'il veut dire.

Il est, en effet, des cas où les créanciers peuvent avoir une situation préférable et échapper à la contribution sans être privilégiés ou hypothécaires, mais ils n'auront pas de droit de préférence sur le prix de certains biens de leur débiteur. Nous allons passer rapidement en revue ces situations préférables.

I. Une première situation préférable pour un créancier se produit en vertu des règles de la compensation, un débiteur se trouve dans une situation embarrassée et ses créanciers risquent de n'obtenir qu'un dividende. Que l'un d'eux devienne à ce moment débiteur de leur débiteur commun, et la compensation s'opérant de plein droit, les deux dettes seront réciproquement éteintes et ce créancier percevra ainsi, en somme, le montant intégral de sa créance. C'est à cause de ce résultat que la compensation ne pourrait plus s'opérer s'il était impossible d'attribuer au créancier une cause de préférence, aussi étant donné qu'en vertu de l'article 146 du Code de commerce, le failli ne peut plus, après le jugement déclaratif de faillite, payer un créancier ni constituer à

son profit une cause de préférence, la compensation ne peut pas non plus s'opérer après ce jugement. Faut-il étendre cette solution au cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire? Cela paraîtrait assez légitime, n'y a-t-il pas en effet les mêmes motifs dans ces deux hypothèses, et l'article 2146 du Code civil ne semble-t-il pas les assimiler? Néanmoins, nous pensons que l'extension ne doit pas être admise, il y a en effet un texte spécial pour la faillite : l'article 149 du Code de commerce.

II. Une autre situation préférable se présente dans tous les cas où un créancier est investi d'une action directe contre le débiteur de son débiteur, voici ces cas :

1. La distraction des dépens (article 133 du Code de procédure civile). Un avoué fait à son client l'avance des frais de procédure, ayant grande confiance dans le succès de l'affaire ; le procès est en effet gagné. Régulièrement, voici comment les choses se passeraient : le gagnant obtiendrait du perdant l'exécution du jugement et le bénéfice des dépens et paierait ensuite l'avoué. Mais celui-ci serait alors dans la même situation que les autres créanciers de son client, et, par suite, exposé à subir les conséquences de son insolvabilité. En demandant la distraction des dépens à son profit, l'avoué obtiendra d'être payé directement de ses avances par l'adversaire de son client, et sera ainsi intégralement remboursé. On a voulu par ce moyen permettre à une

personne dans l'embarras et ayant une cause juste, de trouver un avoué qui consente à occuper pour elle.

2. En cas de louage (article 1753 du Code civil), le preneur primitif peut sous-louer, à moins de clause contraire insérée dans le bail. S'il devient insolvable, le bailleur principal a une action directe contre le sous-locataire jusqu'à concurrence du montant de la sous-location, ou du moins jusqu'à concurrence du prix que le sous-locataire devait encore au moment de la saisie. M. Labbé a vu là un véritable privilège en faveur du bailleur (1).

3 En matière de louage d'ouvrage (article 1798 du Code civil), un entrepreneur traite avec une compagnie d'assurances dans l'intérêt de ses ouvriers, moyennant des primes fournies par des retenues sur leurs salaires, la jurisprudence a décidé que dans ce cas, le patron ayant agi comme gérant d'affaires de ses ouvriers, ceux-ci avaient une action directe contre l'assureur (2),

L'analogie de l'action directe et des privilèges est si grande que la loi appelle privilèges deux actions directes : tel est le privilège des soustraitants dans les travaux faits au compte de l'Etat (loi du 26 pluviôse an II), tel est aussi le privilège des soustraitants pour les travaux faits pour le compte de l'Administration de la Marine et et de la Guerre (décret du 12 décembre 1806).

III. Une troisième situation préférable pour un

1. *Revue critique*, année 1876, p. 61 et 665.

2. Cassation, 1^{er} juillet 1885. *Dal.*, 86, 1, 201.

créancier résulte des principes qui régissent l'action Paulienne. Cette action donnée aux créanciers pour faire révoquer un acte du débiteur qui a fait sortir un bien de son patrimoine, en fraude de leurs droits, ne fait ainsi rentrer ce bien qu'au regard du créancier qui l'a exercée et seulement dans la mesure où il en a besoin pour être désintéressé : l'action est personnelle. Telle est du moins l'opinion généralement admise et à laquelle nous adhérons, il y a bien là une *res inter alios judicata* qui ne doit pas avoir d'effet vis-à-vis des créanciers qui n'ont pas été parties au procès (article 1351 du code civil) (1).

IV. Une autre situation favorable, du moins d'après la jurisprudence, peut être faite à certains créanciers dans le cas où une masse à partager appartenant en commun à plusieurs personnes l'une de ces personnes se trouverait créancière d'un des cocréanciers de la masse commune. Le cointéressé peut dans la poursuite de son droit contre la masse se trouver en conflit avec les autres créanciers de ses cocréanciers sur la masse mais il n'en souffrira pas. Ainsi au cas de rapport de dettes à une succession la jurisprudence décide que le cohéritier, qui a droit au rapport de la dette dont son cohéritier était tenu vis-à-vis du *de cujus*, ne subira pas sur la part de ce cohéritier, s'il est insolvable, le concours des autres

1. D'après une autre opinion l'action révocatoire serait réelle et ferait revenir le bien dans la masse au profit de tous les créanciers. Une troisième opinion distingue entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à l'aliénation frauduleuse du débiteur. Les premiers seuls profiteraient du retour du bien dans la masse.

créanciers mais qu'il prélèvera sur la masse la part de la dette qui doit lui revenir (1).

V. Le principe de la dotalité tel qu'il est compris par la jurisprudence amène parfois un résultat analogue. La jurisprudence a trouvé des valeurs dotales qui se cachent dans les biens paraphernaux et elle a voulu leur donner dans la forme que la situation comporte, la garantie de l'inaliénabilité. Ainsi (article 1553 du code civil) l'immeuble acquis au cours du mariage avec des deniers dotaux n'est pas dotal à moins que l'emploi n'ait été prescrit par le contrat de mariage, donc il est paraphernal, mais il renferme une valeur dotale; de même pour le bien acquis en remploi d'un bien dotal aliéné, si le remploi n'a pas été prescrit et prévu par le contrat de mariage ou la loi, de même aussi pour un bien qui serait venu à la femme à titre de *datio in solutum* au lieu d'un bien constitué en dot; de même enfin en cas de succession pour les biens venus à la femme par suite du rapport ou de la licitation des biens dotaux.

Dans tous ces cas ces immeubles ne sont pas dotaux, ils ne sont pas soumis à la règle de l'inaliénabilité, ils peuvent donc être vendus ou saisis, mais ce qui va être inaliénable ce sera la valeur dotale qu'ils contiennent car, dit la jurisprudence, l'inaliénabilité de la dot garantit sa transformation et doit garantir la dot sous quelque forme qu'elle se trouve, si donc le bien paraphernal qui

1. Cassation 8 février 1882, S. 82, 1, 224. Note de M. Labbé. D. 82, 1, 317.

contient une valeur dotale vient à être vendu ou saisi le prix obtenu est frappé d'inaliénabilité comme représentant la dot, en ce sens que sur le montant du prix la femme a droit de prélever, par préférence aux créanciers saisissants, la part de sa dot qui était contenue dans l'immeuble.

N'est-ce pas là un vrai privilège que la jurisprudence crée en faveur de la femme (1).

VI. Il y a enfin situation préférable pour un créancier toutes les fois que la loi, sans accorder un privilège, reconnaît à un créancier le droit de retenir un objet appartenant à son débiteur jusqu'au paiement de ce qui lui est dû, en un mot dans toutes les hypothèses où il y a droit de rétention. — C'est cette dernière catégorie d'hypothèses d'une créance favorisée, quoique non privilégiée, qui va faire l'objet de cette étude.

1. Cassation 12 avril 1870 et 27 février 1883. V. toutefois l'arrêt du 3 juin 1891.

DU DROIT DE RÉTENTION

D'une manière générale on appelle droit de rétention le droit pour un créancier de conserver par devers lui la chose d'un de ses débiteurs jusqu'au paiement de sa créance. — Nous ne pourrions donner une définition plus précise de ce droit qu'après en avoir déterminé la nature et l'étendue.

On distingue la rétention légale de la rétention conventionnelle. Le droit de rétention légal, ou encore principal, est celui que la loi accorde soit d'une manière expresse, soit d'une manière implicite ; il est subordonné, dans ce dernier cas, à la réunion de conditions que nous aurons à déterminer.

Le droit de rétention conventionnel prend sa source soit dans le contrat de nantissement dont il forme l'un des principaux éléments, soit dans une convention faite spécialement en vue de lui donner naissance.

C'est le droit de rétention légal qui fera l'objet de cette étude : nous n'aurons à parler qu'incidemment de la rétention conventionnelle. Le droit de rétention légal est mentionné dans un certain nombre d'articles du code civil et du code de commerce et dans quelques lois

particulières, mais nulle part notre législation ne s'est occupée d'en donner la définition ou de déterminer son étendue, sa nature, ses effets. On trouve au contraire dans plusieurs législations plus modernes des dispositions expresses sur ces points (1).

De cette absence de réglementation de nos lois sur notre institution sont nées les vives controverses qui se sont élevées dans la doctrine et les nombreuses divergences que l'on peut relever dans la jurisprudence; de là aussi la nécessité plus évidente, dans cette matière que dans toute autre, de remonter aux sources de notre droit et d'étudier les origines et les transformations de la rétention à Rome et dans notre ancien droit.

Ne faisant d'ailleurs qu'une thèse française sur le droit de rétention, nous serons très bref sur le droit romain. Nous ne prétendons pas faire une étude spéciale et approfondie de ce droit, nous l'envisageons uniquement comme un moyen d'éclairer la théorie du droit de rétention telle qu'elle a été réalisée par notre Code civil.

Nous diviserons donc notre étude en deux parties générales: Partie historique. Droit actuel.

Dans une troisième partie générale, que nous joindrons comme appendice à notre étude du droit de rétention

1. Code fédéral suisse des obligations, art. 224-229,

Code civil de l'Empire du Japon, art. 92-97.

Projet de Code civil allemand, art. 233-236.

Code civil de la République Argentine, l. IV, sect. II, tit. 2.

en France, nous examinerons très succinctement les principales législations étrangères modernes et les conflits de lois qu'entraînent la diversité de ces législations sur notre matière.

PREMIÈRE PARTIE GÉNÉRALE

PARTIE HISTORIQUE

Deux sections : Droit romain, ancien droit.

Première section. — Droit romain.

La base du droit de rétention est l'équité, aussi le trouve-t-on dans toutes les législations. Le droit romain l'a connu et c'est le préteur qui lui donna naissance dans ce droit au moyen de l'exception de dol.

L'ancien droit des Romains, le droit des *legis actiones* ne pouvait l'admettre. Dans cette période en effet, la procédure était étroitement formaliste ; contrairement à la législation moderne qui sépare la question de fond, c'est-à-dire le droit, de la question de forme, c'est-à-dire la sanction du droit ; pour qui l'action est le droit mis en mouvement, qui part du droit pour aller à la procédure et qui voit autant d'actions qu'il y a d'intérêts à sauvegarder ; à Rome on partait de la procédure pour aller au droit, il y avait un nombre limité d'actions, on ne pouvait *lege agere* que si la loi reconnaissait expressément le droit mis en mouvement(1). Dans la *legis actio*,

1. M. Jobbé-Duval à son cours.

deux solutions seulement étaient possibles pour le juge : condamner ou absoudre, il ne lui était pas possible d'établir une compensation quelconque entre les droits du demandeur et ceux du défendeur.

En outre, il y avait confusion entre les idées de possession et de propriété, la détention de la chose d'autrui était considérée comme un simple fait impuissant à fournir aucun droit.

Le principe du *dominium ex jure Quiritium*, prérogative du seul citoyen et droit inviolable contre lequel ses créanciers ne peuvent rien, puisque à l'origine sa personne seule répond de ses obligations, était incompatible avec le droit de rétention, véritable restriction apportée au droit de propriété.

Caractère formaliste de la procédure, principe de l'unité de la question litigieuse, confusion des idées de possession et de propriété, telles furent les causes qui empêchèrent le droit de rétention d'être connu à cette époque.

C'est le préteur sous la période de la procédure formulaire qui, grâce à sa *juris dictio* put adoucir la rigueur du droit primitif et y introduire des idées d'équité. L'un des principaux instruments de réforme dont se servit le préteur fut l'exception de dol la plus importante de toutes les exceptions (1). Elle fut d'abord imaginée pour protéger celui qui, trompé par des manœuvres frau-

1. On attribue ordinairement l'invention de l'exception de dol au préteur Aquilius, en se fondant sur ce passage de Cicéron (*De*

duleuses a consenti un acte déterminé, contre l'auteur de ces manœuvres : « *Si quis cum aliter convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus sed doli exceptione uti potest* (1). » Plus tard le préteur arriva à l'accorder même si aucune manœuvre frauduleuse ne pouvait être reprochée dans le passé au demandeur. C'est le seul fait d'intenter l'action qui est alors considéré comme un acte dolosif; il y a dol, pense-t-on, à se servir rigoureusement d'un droit qui vous est reconnu par la législation ancienne : « *Cum enim quis petat ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit quod petit.* (2). » Enfin les jurisconsultes tirèrent encore d'autres conséquences de la théorie du dol : Papinien formule cette maxime que l'exception de dol est destinée à faire prévaloir l'équité. « *Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est* (3). » Ulpien en conclut que l'exception de dol pouvait tenir lieu de toutes les autres, car c'est agir par dol que de faire sciemment une demande à laquelle s'opposait une exception quelconque. (4)

Ce fut grâce à cette exception que le préteur put commencer à construire la théorie de la propriété préto-

officiis I, III, 14) *a nondum enim aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo formulas.*

D'autres auteurs (de Wangerow) l'attribuent à Cassius d'après le fr. 4, § 33, D. *De doli mali et met. except.* d'Ulpien, XLIV, 4.

1. Fr. 36, D. De verb. oblig.

2. Fr. 36, D. de verb. oblig. G. IV, 119.

3. Fr. 12 D XLIV, 4.

4. Fr. 2, § 5, D. eodem tit.

rienne; il l'accorda à celui à qui a été consentie la simple tradition d'une *res mancipi*.

Grâce à cette exception corrigeant les rigueurs du *strictum jus*, il écarta la règle d'après laquelle, dans un contrat du droit strict, le défendeur doit être condamné par l'action du contrat même s'il n'a contracté que par suite de manœuvres frauduleuses, la règle d'après laquelle celui qui s'était obligé par un contrat solennel restait engagé, bien que son obligation n'eût point de cause.

C'est aussi dans cette exception que se trouve l'origine de la théorie du droit de rétention.

Pour que l'exception de dol triomphe, il faut qu'il y ait un dol, il faut de plus que le demandeur soit l'auteur de ce dol ou un héritier de l'auteur du dol ou même enfin un ayant cause à titre particulier, à condition qu'il soit à titre gratuit de l'auteur du dol, car il ne serait pas juste qu'il pût trouver dans le dol de son auteur une occasion de s'enrichir aux dépens d'autrui (1).

Par le droit de rétention exercé au moyen de l'exception de dol, le prêteur accordait une garantie de paiement au possesseur ou détenteur de la chose d'autrui pour les impenses faites à l'occasion de cette chose, alors qu'à l'origine aucun moyen ne lui était offert contre la revendication du propriétaire, aucune voie de recours ne lui était ouverte pour rentrer dans ses déboursés. Tel

1. Fr. 4 § 27 D. *De doli mali et met. except.* XLIV, 4.

fut le premier but du droit de rétention : suppléer au manque d'action.

Quand des actions personnelles furent plus tard accordées au possesseur ou détenteur dans les contrats engendrant des obligations réciproques (*actiones commodati, depositi, contrariæ*, etc.). le droit de rétention subsista à côté de ces actions, il avait alors un autre but : fournir un moyen indirect de contraindre le débiteur à l'exécution de son obligation par le refus de lui restituer sa chose.

Tel fut à Rome le double but assigné au droit de rétention.

Conditions requises pour pouvoir user du droit de rétention. — A Rome trois conditions sont nécessaires et suffisantes : il faut avoir la possession ou la détention de la chose de son débiteur, il faut être créancier, il faut qu'il y ait connexité entre la créance et la chose due *debitum cum re (detenta) junctum* ou bien que la rétention résulte de la volonté expresse ou tacite des parties.

1^{re} Condition. — Il faut avoir la possession (fr. 14, § 1 D X, 3 — § 30. *Institutes* II, 1), ou tout au moins la simple détention de la chose (fr. 1, pr. D De pign et hyp. XX, 1 ; fr. 18, § 4, D. *Commodati* XIII, 6). — Mais cette condition suffit, il n'y a pas besoin que la cause de cette possession ou de cette détention soit légitime puisque des textes accordent la rétention au voleur (1).

Deux autres textes semblent cependant en contradic-

1. Fr. 36, § 5 et 38 D *De hered. pet.* V, 3.

tion avec notre opinion : le fr. 25, D. *De pign. et hyp.* et le fr. 152 D. *De div. reg. juris* L, 17. Mais le premier de ces textes dit simplement qu'un contrat de gage nul pour une cause quelconque ne peut donner naissance à un droit de rétention, ce qui est en effet de toute évidence, et ne vient nullement à l'encontre de ce que nous avons dit. Quant au deuxième passage du Digeste, il a trait au droit criminel.

Dans une autre opinion (1), on distingue suivant que la créance est née avant ou après la possession vicieuse, le possesseur pourrait invoquer la rétention seulement dans ce dernier cas. Cette distinction paraît assez rationnelle, mais elle ne repose sur aucun texte et c'est pourquoi nous la rejetons. De plus, notre solution nous paraît plus équitable, et dans cette matière, cette considération a beaucoup d'importance.

2° Condition. — Il faut être créancier du demandeur fr. 14 D. de Donat. XXXIX, 5, une créance naturelle suffit. L'obligation naturelle étant reconnue et protégée par le prêteur il allait de soi qu'elle fût sanctionnée par la rétention moyen de défense créé par le prêteur dans un but d'équité (2).

3° Condition. — Il faut que la créance soit née à l'occasion de la chose même que réclame le demandeur, il

1. En ce sens Cabrye, *Du droit de rétention* n° 9. M. Glasson, *Du droit de rétention*, p. 7.

2. Ant. Favre *Rationalia ad L. II, § 2. De pignoratitia actione vel contra* — Cujas, *Observ.* lib. 18, cap. 10.

faut qu'il y ait, suivant le langage consacré dans la doctrine, *debitum cum re junctum*, ou bien que la rétention ait sa source dans la convention des parties.

La nécessité de cette troisième condition est très controversée. Nulle part cette doctrine sur l'étendue que l'on doit reconnaître de la rétention ne se trouve exposée en droit Romain. Les jurisconsultes n'ont jamais en effet développé la théorie de la rétention et ce n'est pas dans le *Corpus* simple recueil de décisions qu'on peut trouver un exposé doctrinal sur cette question. Mais ce qui frappe lorsqu'on lit les textes ayant trait à la rétention, c'est que tous ou supposent une rétention conventionnelle, ou l'accordent à propos de créances nées à l'occasion de la chose (1), et c'est pourquoi la presque unanimité des auteurs adopte l'opinion que nous avons présentée (2),

Trois autres solutions ont été proposées sur la question de l'étendue de la rétention à Rome.

M. Cabrye (3), et quelques autres auteurs après lui, ont soutenu que la connexité n'était pas nécessaire à Rome et

1. V. notamment fr. 30 D. *De hered. pet.* V., 3, fr. 27 § 5 et 48, D. VI, 1 ; fr. 58, 70 § 2 D. *De legatis* 1^o ; fr. 2 pr., D. XIV, 2 ; fr. 8 pr., D. XIII, 7 ; fr. 48 § 4 D. XIII 6 ; fr. 43 § 2 D. XLVII, 2 ; fr. 43 § 8 D. XIII, 4 ; fr. 43 § 8 et 31 § 8 D. XXI, 4 ; fr. 9 § 3 D. XXXIX 2 ; fr. 8 D. XLVII, 9 ; fr. 35 § 1 D. XIX, 2 ; fr. 4 pr. D. XIX, 2 ; fr. 38 § 1 et 52 § 12 D. XVII, 2 ; fr. 4 § 3, 6 pr. et § 3, 11, 12, 22, D. X, 3 etc.

2. Mulhenbruch Doctr. Pand § 146. — Dalloz Répertoire Rétention n^o 24. — Glasson op. cit. p. 8. — Guillouard traité du droit de rétention n^o 4.

3. *Op. cit.* n^o 41.

ont invoqué à l'appui de leur opinion deux ordres d'arguments.

D'abord c'est l'équité la base et l'origine de la rétention, ce doit être sa seule limite; pourquoi alors exiger la connexité?

On peut très bien répondre que dans cette question l'équité et la connexité marchent de pair, et que c'est dans cette limite que les Romains, avec raison selon nous, comprenaient le bien fondé de la rétention; les textes que nous avons indiqués le montrent assez.

On cite en second lieu des textes qui accorderaient la rétention en dehors de toute connexité: le fr. 26 § 4 D XVI, 4 d'Ulpian; le fr. 1 fr. D XX, 1 de Papinien; une constitution des empereurs Sévère et Antonin (1 C. VIII, 46), un rescrit de Gordien (1 C. VIII, 27); une constitution de Justinien (11 C. IV, 34).

Mais les deux premiers textes visent des hypothèses consacrant un droit de rétention conventionnel affectant la chose à la garantie de la créance. Dans les deux suivants la rétention provient d'un contrat de gage: ce sont des cas de rétention conventionnelle tacite. Quant au dernier texte par lequel Justinien refuse la rétention au dépositaire, sauf pour impenses contractées à l'occasion de la chose; on en conclut *a contrario* que dans les autres cas il peut y avoir rétention en dehors de toute connexité. Mais outre le peu de créance que mérite toujours l'argument *a contrario* on ne s'accorde pas sur le sens qu'il faut attribuer à cette constitution et beaucoup

d'auteurs prétendent que Justinien entend prohiber d'une façon absolue la rétention en faveur du dépositaire, même à l'égard des impenses nécessaires qu'il a pu être obligé de faire sur cette chose, même par conséquent au cas où il y a connexité entre la créance et la chose déposée, et cela à cause du caractère sacré du dépôt (1).

Comment se fonder sur un texte dont le sens est douteux pour établir une théorie qui va à l'encontre de textes fort clairs.

D'après M. Groskopf, avocat d'Oldenbourg, dont la théorie a été adoptée et reproduite en France par M. Prêt (2) le droit de rétention résulterait à Rome d'un simple rapport de fait qui a paru digne de la protection de la loi et auquel le préteur a cru devoir reconnaître une efficacité juridique. Ce rapport de fait est celui qui existe entre une personne qui a fait des impenses soit nécessaires, soit utiles, sur une chose appartenant à autrui et le produit de ses impenses qu'elle a encore par devers elle ; c'est le fait de détenir encore ces impenses ou leur résultat qui vaut aux yeux du préteur cette protection spéciale de l'exception de dol par le droit de rétention.

1. En ce sens Doneau Cujas, Molitor *Oblig.* t. II, n^{os} 848 et 1060. — Maynz *Dr. romain*, II, § 321. — Dalloz *Rep.-Rét.* n^o 56. Ces auteurs s'appuient sur le fr. 12, D. II, 12 du jurisconsulte Paul et sur les termes absolus de la constitution de Justinien : «...*Nullam compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat.*» — En sens contraire Pothier *Dépôt* n^{os} 59 et 70; Accarias *Dr. Romain* II p. 422 etc. on invoque à l'appui de cette opinion un passage de Modestin *Coll. leg. mos* II, 10 § 6.

2. Du droit de rétention, p. 70 et s.

Cette doctrine s'appuie sur les expressions *servare impensas, retinere impensas*, qu'on trouve dans les textes et qui montrent bien qu'aux yeux des juriconsultes Romains le droit de rétention suppose un rapport direct entre le possesseur et les impenses et nullement un droit de créance qui serait engendré par ces impenses.

Cette doctrine s'appuie en second lieu sur l'absence d'un droit de créance dans des hypothèses où le droit de rétention est cependant formellement accordé et c'est ce qui a lieu notamment pour la rétention du possesseur de bonne foi pour impenses faites sur la chose d'autrui.

La conséquence est que la condition de la connexité n'est pas à elle seule suffisante pour que le détenteur ait un droit de rétention; il faut encore que le possesseur puisse dire qu'il a confondu avec la chose qu'on lui réclame une valeur à lui appartenant, une portion de son patrimoine.

On en déduit encore que le droit de rétention est opposable à quiconque réclamerait la chose sans indemniser le rétenteur et que le droit de rétention est divisible.

Aux arguments de textes on peut répondre qu'il est des textes qui accordent formellement la rétention dans des hypothèses où il ne s'agit nullement d'impenses qu'on aurait faites sur une chose et qu'il s'agirait de retenir ou de conserver : fr. 13 § 8 D. *De act. empti* ; fr. 3 § 3 D. *De. hom. lib.* ; fr. 22 D. *De. hered. vel act. vend.* ; fr. 2 pr. *De lege Rhodia de jactu*.

En second lieu il n'est pas exact de dire qu'il n'y a

pas au cas de rétention du possesseur de bonne foi, une créance dont la rétention pourrait être l'accessoire. Ce qui est vrai, c'est que le possesseur de bonne foi n'a pas d'action pour obtenir le paiement de ses impenses et que la rétention est son seul moyen de les recouvrer ; mais il ne s'ensuit pas qu'il n'y ait pas d'obligation à la charge du propriétaire ; il y a au contraire certainement une obligation naturelle.

Une troisième opinion a été soutenue sur l'étendue de la rétention par M. Romniceano (1). D'après cet auteur il y aurait bien des cas où forcément le droit de rétention devrait être accordé au défendeur : les cas spécialement prévus par des textes ; mais en dehors de ces hypothèses c'est au juge qu'il appartiendrait d'accorder ou de refuser la rétention en se basant sur l'équité, unique base de la rétention. La connexité ne serait donc pas une condition d'existence de la rétention, tout ce qu'il y aurait de vrai dans notre théorie, c'est que l'équité commanderait le plus souvent l'application de la rétention justement dans les cas où il y aurait connexité.

Nous nous bornerons à faire observer que jamais à Rome le juge qui était un simple particulier n'a eu de pouvoirs aussi étendus et qu'il serait bien étonnant que les textes ne continssent pas la moindre indication à cet égard.

Aussi décidons-nous qu'à Rome en dehors des cas de

1. Du droit de rétention en droit romain et en droit français, p. 30 et s.

rétention conventionnelle expresse ou tacite c'était bien dans les limites du *debitum cum re junctum* qu'était admis le droit de rétention.

Caractères et effets du droit de rétention. — A Rome, la rétention était un droit personnel, pouvant en principe être invoqué dans toutes les actions, accessoire, indivisible, conventionnel ou légal.

1. *La rétention constitue à Rome un droit personnel*, et c'est une conséquence, de ce fait qu'elle s'exerce au moyen de l'exception de dol.

On a pourtant soutenu que c'était un droit réel, non pas qu'on ait jamais pu dire qu'il engendrât un droit de préférence et un droit de suite, mais en ce sens qu'il était opposable à tous.

Voici les arguments que l'on présente à l'appui de cette opinion : Le défendeur prétend qu'il a le droit de ne pas se dessaisir de la chose, il est dans un rapport direct et immédiat avec cette chose, il a donc un *jus in re*. C'est incontestable pour la rétention accessoire du gage (fr. 17 D. De pign. et hyp.), et il en est de même pour la rétention principale, les jurisconsultes la considèrent comme un droit de gage *quasi pignus* (fr. 13, § 8. De act. empti DXIX, 1 ; fr. 22. De hered., vel. act. vend. D XVIII, 4 ; fr. 31, § 8. De æde edif. D XXI, 1). — Enfin l'action *furti* est accordée au détenteur à qui on dérobe la chose sur laquelle s'exerçait son droit (fr. 14, § 1, fr. 15, § 2. De furt. DXLVII, 2 (1).

1. Cabrye, *op. cit.*, p. 22 n° 13.

A ces arguments, nous répondons que le défendeur n'invoque aucun *jus in re* sur la chose qu'il détient, ce dont il excipe, c'est d'une obligation dont le demandeur est tenu envers lui et dont il réclame l'exécution ; détenteur de cette chose sur laquelle il a fait des impenses, il soutient simplement qu'il y aurait dol de la part du véritable propriétaire à vouloir le dépouiller sans l'indemniser au préalable de ses débours.

Sans doute la rétention accessoire du gage est opposable aux tiers, mais cela tient à ce que le contrat de gage constitue une sûreté réelle au profit du créancier gagiste et qu'elle lui procure un droit de préférence et un droit de suite, — Quant à la rétention légale, les juriconsultes ne l'assimilent pas au gage et à ses effets ; par les mots *quasi pignus, pignoris nomine*, ils ont voulu simplement exprimer cette idée que le rétenteur gardait la chose à l'encontre du propriétaire comme garantie de son paiement.

Enfin il n'y a rien à conclure de ce que l'action *furti* était accordée au rétenteur contre le voleur, car elle était donnée à tous ceux qui avaient à la conservation de la chose un intérêt légitime et direct (1) : le *conductor operis* (2) et le *commodataire* jusque sous Justinien, pouvaient l'intenter.

Le droit de rétention est donc personnel et cela tient à ce qu'il n'est à Rome qu'un moyen de procédure, qu'il

1. Gaius, III, § 203. Inst. IV, 1, § 43.

2. Gaius, III, § 205.

s'exerce par l'exception de dol qui, nous l'avons vu, ne peut être opposée qu'au demandeur, auteur du dol, à un de ses héritiers ou à un successeur même à titre particulier par suite de libéralité (1).

2. *Le droit de rétention pouvait s'exercer dans toutes les actions.* Paul nous dit de l'exception de dol : « *Ideo autem hanc exceptionem prætor proposuit ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit* (2). » — De là résulte que cette exception trouvait sa place dans toutes les actions civiles ; en était-il de même pour les actions honoraires ? on distinguait deux catégories de cette dernière sorte d'actions : les unes étaient créées dans le moule des actions civiles, étaient basées sur un droit reconnu par la loi, avaient par suite l'*intentio* rédigée *in jus*, l'exception de dol pouvait être insérée dans ces actions ; d'autres étaient au contraire rédigées *in factum*, c'est-à-dire que le préteur enjoignait au juge de condamner ou d'absoudre, si tel fait qu'il voulait sanctionner avait ou n'avait pas été accompli, étant donné le texte de Paul, l'exception de dol ne pouvait être exercée dans ces actions.

Le droit de rétention par l'exception de dol pouvait être exercé dans les actions réelles comme dans les actions personnelles, dans les actions de droit strict, comme dans les actions de bonne foi.

1. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il serait plus conforme à la conception que l'on se fait *à priori* du droit de rétention et qu'il serait plus utile pour le rétenteur, qu'il fût opposable à tous.

2. Fr. 1, § 1, DXLIV, 4.

L'exception de dol fut d'abord introduite dans les contrats, dans les actions personnelles (1) ; les procédures formalistes, le *sacramentum* et la procédure par le pari subsistèrent longtemps pour les actions réelles (2). Gaius étudie en premier lieu les exceptions dans les actions personnelles, ordre qu'a suivi Justinien, et il donne même l'ordre des actions personnelles : actions nées de contrats *verbis*, de contrats *consensu*, de contrats *re*.

Les actions de bonne foi, actions à *intentio* rédigées *in jus* qui sanctionnent des obligations contractuelles ou quasi contractuelles, se distinguent des actions de droit strict par la *clausula bonæ fidei*. On ne sait trop quelle origine leur assigner.

Ne sont-elles que d'anciennes actions de droit strict ou ont-elles été créées pour consacrer les rapports de droit « pour lesquels dans la vie réelle, on s'en rapporte à la bonne foi sans recourir à des formes rigoureuses (3) » ? Toujours est-il qu'on ignore à quelle date exacte elles ont apparû. Leur théorie ne s'est développée que progressivement ; il a fallu de longs siècles pour tirer de la notion de la *bona fides* toutes les conséquences qu'elle était susceptible de produire. Il paraît vraisemblable que dès l'origine, par suite des mots *ex fide bona* insérés dans la formule de ces actions, le

1. Fr. 36, D. *De verb. signif.*

2. *In Verrem actio secunda*, I, 45 et II, 42 (Cicéron).

3. De Savigny. *Traité de droit romain*, V. p. 504.

juge devait appliquer les règles de l'équité, mais de l'équité telle qu'elle était comprise à cette époque par les mœurs, les lois, la jurisprudence. Cette notion varia avec le temps et se développa lentement. Elle était à l'origine fort restreinte et il n'y avait guère de différence avec les actions de droit strict. Ce qui prouve bien la lenteur du développement de la bonne foi, ce sont les solutions différentes données par les jurisconsultes sur la même hypothèse à des époques différentes. — Il résulte de là qu'au moment où l'exception de dol fut créée, il y eut intérêt pour le défendeur à en solliciter l'insertion comme s'il se fût agi d'actions de droit strict ; la seule différence était que par suite du caractère équitable de ces actions, le préteur accordait toujours cette insertion, si bien qu'elle devint une clause de style de l'action de bonne foi et qu'on finit par la considérer comme y étant toujours contenue en vertu de la *clausula bonæ fidei* (1) : *Doli exceptio inest bonæ fidei judiciis* (2), — *Exceptio doli mali officio judicis continetur* (3).

Dans les actions de droit strict, les pouvoirs du juge étaient strictement délimités dans la formule *judex formula includit* ; il ne lui était possible de tenir compte des moyens de défense créés par le droit honoraire qu'autant que la formule lui donnait expressément ce pouvoir. Dès lors deux hypothèses pouvaient se présen-

1. M. Jobbé-Duval à son cours.

2. Fr. 24, D XXIV, 3.

3. *Fragments du Vatican*, § 94.

ter : Le défendeur avait fait insérer l'exception de dol dans la formule, par suite une deuxième condition avait été mise à la condamnation, il fallait à la fois que la prétention du demandeur fût justifiée et que l'exception de dol eût été invoquée à tort pour que le juge pût condamner le défendeur ; l'une de ces conditions faisait-elle défaut, le défendeur était absous (1). — Le défendeur avait-il omis de faire insérer l'exception de dol dans la formule, il était déchu de son droit de rétention, et si c'était sa seule arme, il n'avait plus aucun moyen de se faire rembourser ses impenses. Était-il au contraire dans un des cas où il avait une action à faire valoir, cette voie de recours lui restait bien entendu ouverte ; même sans avoir d'action résultant du contrat, il pouvait n'être pas entièrement désarmé et exercer les interdicts possessoires ou recourir à la Publicienne, s'il était dans les conditions requises pour pouvoir en user.

3. *Le droit de rétention est un droit accessoire.* Il suppose nécessairement une créance dont il est la garantie et dont il suit le sort.

4. *C'est un droit indivisible.* Ce caractère tient à ce que la rétention a pour base l'équité ; il y a injustice à ce que le détenteur qui a fait des impenses sur la chose d'autrui puisse être dépouillé de cette chose par le propriétaire sans avoir été indemnisé, injustice qui aurait lieu également s'il pouvait être dépouillé sans avoir obtenu un paiement intégral. Donc, tant qu'il n'aura pas

1. Gaius, IV, § 119.

reçu un entier remboursement, son droit de rétention restera intact et continuera de frapper la chose retenue toute entière.

Le fr. 34, § 8 Dig. XXI, 1 fait une application de ce principe d'indivisibilité. Ulpien d'après Marcellus décide que l'acheteur qui paie seulement une partie du prix de vente ne peut pas obtenir par l'action *ex empto* que le vendeur lui fasse une tradition partielle de la chose «*nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet quoad emptor satisfaciat* ».

5. *La rétention est conventionnelle ou légale.* Conventionnelle quand elle a sa source dans la convention des parties.

Légale, quand elle est accordée expressément par un texte ou quand elle réunit les conditions que nous avons reconnues nécessaires pour qu'elle prenne naissance.

Modes d'extinction. — Le droit de rétention peut s'éteindre par voie de conséquence ou par voie principale.

Par voie de conséquence. Comme tous les droits accessoires le droit de rétention s'éteint avec la créance qu'il garantit.

Par voie principale. Le droit de rétention s'éteint par la perte de la possession quand le rétenteur n'a pas de moyens de se faire remettre en possession.

Par l'anéantissement total de la chose détenue.

Par la renonciation du détenteur.

Par le fait de poursuites exercées par le rétenteur lui-même à l'effet de vendre la chose ; le droit du re-

tenteur consiste uniquement à pouvoir conserver la chose il n'a le droit d'expropriation qu'en qualité de créancier chirographaire.

PRINCIPAUX CAS D'APPLICATION DE LA RÉTENTION A ROME

Les cas d'application de la rétention étaient nombreux à Rome mais leur étude nous entraînerait trop loin. Nous nous bornerons à étudier la rétention du possesseur à cause de son importance très grande en droit romain et la rétention du créancier gagiste, prévue par un rescrit de Gordien, parce qu'elle est l'origine de l'article 2082, 2° du Code civil.

I. Rétention du possesseur de bonne ou mauvaise foi ayant fait des impenses, (constructions, plantations, semailles, etc.) sur le terrain d'autrui.

A. Possesseur de bonne foi.

Il faut distinguer les impenses faites à l'occasion de la chose et les impenses faites à l'occasion des fruits.

1° *Impenses faites à l'occasion de la chose.* — Elles peuvent être de trois sortes : nécessaires, utiles ou voluptuaires (1).

Nécessaires lorsqu'elles sont de telle nature que leur omission eut compromis la chose, eut entraîné sa perte

(1) Ulpien *Reg.* VI § 15 et 17 ; fr. 79 D. *De verb. signif.* 4, 16 (Paul).

ou sa détérioration, comme par exemple une réparation urgente : « *veluti si quis ruinosas ædes refecerit.* »

Utiles, lorsqu'elles ont produit une augmentation de valeur comme une construction nouvelle, une plantation, un défrichement : « *veluti si vineta et oliveta fecerit.* »

Voluptuaires, lorsqu'elles n'ont produit qu'un embellissement sans augmenter la valeur de l'immeuble comme la création d'une pelouse, etc. « *quod evenit in viridiariis et picturis similesque rebus* » « *ut sunt viridia et aquæ salientes, incrustationes, loricationes, picturæ* ».

Le possesseur de bonne foi a le droit de rétention jusqu'au complet paiement des impenses nécessaires ; sans ces dépenses en effet la chose eut été détériorée. peut-être même n'existerait-elle plus (1).

Il peut user également du droit de rétention pour le remboursement des impenses utiles, mais ce remboursement sera au choix du propriétaire ou de la plus-value procurée à l'immeuble par les impenses ou du chiffre même auquel se sont élevées les dépenses (2). Les Institutes se plaçant sans doute dans l'hypothèse la moins fréquente, celle d'une dépense inférieure à la plus-value, décident trop absolument que le propriétaire doit rembourser l'intégralité de la dépense (3). Le possesseur de bonne foi aura donc droit au maximum à la totalité de ses dépenses ; mais son droit pourra se trouver fort restreint, le

1. Fr. 5, C. *De rei vind.* III, 32.

2. Fr. 7 § 12 D *De acq. rer. dom.* XLI. 1.

3. Accarias *op. cit.* I, p. 648, note 3.

fr. 38 D. *De rei vind.* VI, I. de Celsus donnait au juge des pouvoirs très étendus à cet égard : « *Bonus judex varie ex personis causis que constituet* ».

Supposons en effet, comme le dit Celsus, que le propriétaire se trouve trop pauvre pour faire le remboursement sans être réduit à vendre le fonds lui-même ou se trouver ses biens et les tombeaux de ses ancêtres, l'équité ne permet pas que ce propriétaire puisse être ainsi privé de son héritage pour des impenses qu'il n'a pas le moyen de rembourser et dont il pouvait se passer, il suffira dans ce cas de permettre au possesseur d'enlever ce qu'il a apporté sur le fonds et encore à condition qu'il puisse le faire sans le détériorer. Il se peut aussi que ce propriétaire trop pauvre pour rembourser la plus-value, puisse payer le prix que le possesseur retirerait des choses enlevées, et lui en fasse l'offre ; ce dernier devra laisser les choses apportées et se contenter de ce prix (1).

Il ne faut voir là que des limitations au principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, c'est par application de cette règle que le propriétaire ne doit pas profiter des impenses utiles faites par le possesseur aux dépens de ce possesseur. Comme il n'en profite qu'autant que sa chose se trouve augmentée de valeur par cette impense, il ne doit être obligé à le rembourser que jusqu'à concurrence de la plus-value, quand bien même le possesseur aurait dépensé davantage. C'est toujours

1. V. aussi fr. 27 § 5 et fr. 28 au même titre (Gaius et Paul).

en vertu du même principe, que si la chose est augmentée d'une valeur supérieure à la dépense, le propriétaire ne doit rembourser que le montant de cette dépense, car c'est seulement jusqu'à concurrence de cette somme qu'il profite, aux dépens du possesseur, de l'impense faite par ce dernier (1).

Les dépenses voluptuaires n'engendrent aucun droit de rétention, le possesseur a simplement le droit d'enlever ce qu'il a apporté s'il peut le faire sans causer de détérioration à l'immeuble.

2° *Impenses à l'occasion des fruits.* Pour ces impenses il n'y a pas à distinguer suivant qu'elles sont nécessaires ou utiles la règle est la même : le possesseur a droit à en être intégralement remboursé et il déduira ces dépenses des fruits qu'il doit restituer (2). Il y a donc lieu ici à déduction et non à rétention.

B. *Possesseur de mauvaise foi*

1° *Dépenses à l'occasion de la chose.*

Impenses nécessaires. — A l'origine aucune créance n'était reconnue au possesseur de mauvaise foi (3) ; il était en effet considéré comme ayant eu l'intention de faire une donation au véritable propriétaire puisqu'il savait qu'il ne pourrait jamais usucaper. Plus tard on

1. Pothier. *Traité du domaine de propriété*, n° 346.

2. Fr. 46 D. XXII, I (Ulpien).

3. *Inst.* II, I, § 30.

admit qu'il aurait droit au remboursement intégral de cette sorte de dépenses et qu'il pourrait user de la rétention pour l'obtenir ; et en effet le propriétaire ne peut se plaindre, sans ces dépenses il n'eût pas retrouvé sa chose ou du moins il l'eût trouvée dégradée et d'une valeur beaucoup moindre.

Impenses utiles. — Le possesseur de mauvaise foi n'avait pas le droit de rétention pour se faire rembourser de ses impenses utiles. De nombreux textes montrent qu'on ne lui reconnaissait pas de créance du chef d'impenses de cette sorte (1), et il en était ainsi qu'il eût été de mauvaise foi à l'origine ou qu'il l'eût été seulement au moment où il faisait la dépense. « *Scienti alienum solum esse potest objici culpa quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligeret alienum.* » (Justinien, *Inst.* II, 1, 30).

Toutefois l'opinion contraire a été soutenue par Cujas (2) s'appuyant sur la loi 38 *De hered. pet.* qui admet cette solution pour la pétition d'hérédité ; Cujas en conclut par voie d'assimilation que le possesseur de mauvaise foi doit être remboursé aussi bien que le possesseur de bonne foi des impenses utiles qu'il a faites sur la chose et jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée. Quant aux textes précités qui paraissent en contradic-

1. Fr. 37, 48 D. *De rei vind.* VI, 1 ; fr. 7 § 12 D. *De acq. rerum dom.* XLI, 1 ; const. 5, 14, 16 C. *De rei vind.* III, 32. *Instit.* II, 1 ; fr. 30, *De rerum div.*

2. *Obs.* 10, cap. 1.

tion, ils doivent s'entendre en ce sens qu'à ne consulter que la rigueur du droit le possesseur de mauvaise foi n'est pas fondé à prétendre à ce remboursement, mais que cela n'empêche pas le juge de le lui accorder en vertu de la règle d'équité : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*.

M. Pellat (1), tout en reconnaissant que la question est très difficile à résoudre, penche pour l'opinion de Cujas, opinion plus équitable et qui lui semble confirmée par la loi 38 *De rei vind.* qui permet au juge de peser toutes les raisons d'équité.

Pour ce qui est de l'argument qu'on prétend tirer du fr. 38 *De hered. pet.* D. V, 3 il faut répondre avec Pothier (2) que ce texte a trait à la pétition d'hérédité et qu'on ne peut en tirer aucun argument pour l'action en revendication, ces deux actions étant régies par des règles différentes. Quant aux pouvoirs si étendus reconnus au juge par le fr. 38 *De rei vind.* il n'y a pas là non plus aucun argument en faveur du droit au remboursement et par suite à la rétention du possesseur de mauvaise foi, Celsus ayant eu soin de restreindre sa décision en faveur du seul possesseur de bonne foi. L'argument d'équité n'a aucune valeur en présence des textes formels que nous avons cités; le possesseur de mauvaise foi n'est d'ailleurs pas à plaindre, il savait à quoi il s'exposait.

1. *Principes généraux*, p. 268.

2. *Traité du droit de propriété*, deuxième partie, n° 350.

Impenses voluptuaires. — Le possesseur de mauvaise foi n'aura lui aussi et à plus forte raison que le *jus tollendi*.

2° *Impenses à l'occasion des fruits.* — Il n'y a pas à distinguer pour ces impenses entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, la solution est la même pour les deux.

Le droit de rétention du possesseur de bonne ou de mauvaise foi était l'hypothèse la plus usuelle et la plus importante d'application de ce droit à Rome. C'était, en effet, le seul moyen qu'eut le possesseur d'obtenir son remboursement ; perdait-il la possession, il n'avait pas d'action à exercer car aucun contrat ou quasi contrat n'était intervenu entre lui et le propriétaire (1).

Des interprètes trouvant cette solution injuste ont soutenu qu'il avait l'action *negotiorum gestorum*, mais cette action était certainement hors de cause ; ce n'était pas, en effet, l'affaire d'autrui qu'il avait entendu gérer, mais bien la sienne propre (2).

Toutefois le possesseur pouvait recouvrer la possession, de manière à pouvoir jouer le rôle de défendeur à l'action en revendication et à pouvoir opposer la rétention par l'exception de dol, au moyen de l'interdit *uti possedetis* s'il se trouvait dans les conditions requises pour pouvoir l'invoquer. Était-il *in causa usucapiendi*,

1. fr. 33 D. *De cond. indeb.* XII, 6 ; fr. 14 D. *De doli mali et met. except.* XLIV, 4 ; fr. 48, *De rei vind.* D. VI, 1.

2. Fr. 14, D. *Communi dividundo* X, 3.

il pouvait recouvrer la possession en intentant la Publi-
cienne contre tout possesseur autre que le véritable pro-
priétaire. Et en tout état de cause il pouvait revendiquer
ses matériaux contre le propriétaire, au cas où la cons-
truction venait à périr par cas fortuit ou à être démolie,
son droit de propriété renaissant dès que les matériaux
cessent de faire corps avec le sol (1).

II. Droit de rétention du créancier gagiste

Nous n'entendons parler ici que du droit de rétention
accordé par le rescrit de Gordien au créancier gagiste pour
une créance autre que celle qui est garantie par le contrat
de gage. C'est dans cette innovation de l'empereur Gor-
dien que se trouve l'origine de l'article 2082 2^o du Code
civil.

Il y a à propos de cet article une controverse que nous
aurons à exposer pour savoir s'il consacre un droit de
gage tacite ou un simple droit de rétention ; tous les au-
teurs sont d'accord pour reconnaître qu'en droit romain
il ne s'agit que d'un droit de rétention. C'est, en effet,
l'exception de dol qui est donnée au créancier et seule-
ment contre le débiteur lui-même, le texte le dit expres-
sément.

Voici du reste l'hypothèse : un créancier gagiste de

1. Fr. 2, C. *De rei vind.* III, 32, Accarias *op. cit.* I, n^o 257.

100 acquiert une nouvelle créance de 50, par exemple, contre le même débiteur; celui-ci ne pourra pas reprendre la chose donnée en gage en payant seulement le montant de sa première dette, ou du moins il sera loisible au créancier de le repousser par l'exception de dol tant qu'il ne lui aura pas remboursé sa ou ses autres dettes exigibles. Il y a là un droit de rétention fondé sur une convention tacite des parties.

II^e SECTION. — ANCIEN DROIT.

Deux chapitres : I. Lois Barbares, coutumes, ordonnances. —
II. Théorie du Droit de Rétention. — Cas d'application. —
Appendice : Droit intermédiaire.

CHAPITRE PREMIER

LOIS BARBARES, COUTUMES, ORDONNANCES.

Trois législations se sont tour à tour succédées ou plutôt se sont juxtaposées en Gaule.

Nous ignorons presque complètement les usages et coutumes qui constituèrent le droit gaulois primitif (1); nous savons seulement qu'ils se maintinrent après la conquête à côté de la législation Romaine régissant les colons venus de Rome. Le peuple romain avait en effet pour règle politique de respecter les lois et usages des vaincus dans tout ce qui n'intéressait pas le commandement et l'empire (2). Seulement, au contact du droit

1. Violett, Etablissements de St-Louis. I, introduction, p. 83.

2. Tacite, annales XV, 31. Dupin, Introd. aux Inst. Cout. de Loysel, p. IV.

Romain plus parfait, ces usages tombèrent en désuétude. Ceux qui subsistèrent se fondirent avec les usages barbares avec lesquels ils présentaient de grandes analogies.

Les différentes tribus barbares qui vinrent s'établir en Gaule apportèrent et conservèrent leurs lois et coutumes propres. Ces lois primitives et incomplètes réglaient surtout des questions de droit criminel et traitaient fort peu du droit civil. Il est inutile d'essayer d'y trouver la moindre allusion au droit de rétention, il est même très probable que cette institution était inconnue des Germains. Les cas les plus fréquents de rétention dans une législation primitive s'appliquent aux immeubles. Ainsi en droit Romain le cas que l'on trouve le plus souvent dans les textes est celui du possesseur ayant fait des impenses sur l'immeuble d'autrui, or chez les Germains les champs et les bois étaient distribués par lotissements entre les tribus et les familles et leur étaient abandonnés seulement en jouissance. Ensuite vint le régime de la copropriété familiale qui existait au moment des invasions et subsista longtemps; il a laissé des traces dans notre droit coutumier, certaines institutions comme le retrait lignager et la réserve des quatre quints proviennent d'anciens principes germaniques dont elles sont peut-être de simples atténuations. La notion de la propriété individuelle pour les immeubles fut très tardive chez les Germains, ils ne connurent d'abord la propriété individuelle que pour les meubles : bestiaux, armes, esclaves.

Le seul trait qui ait un rapport indirect avec la rétention légale est une disposition de la loi des Bavarois tit. 25, chap. 6, art. 3 qui accordait à l'acheteur évincé le droit d'être indemnisé des impenses faites pour l'amélioration de la chose. Cette disposition qui paraît bien être une infiltration du droit Romain, une réminiscence de l'action *empti* autorisait-elle également l'acheteur à user de la rétention comme garantie de son remboursement? voilà ce qu'il est impossible d'affirmer.

Tout au moins les Germains connaissaient le gage sous les noms de *gnadium*, *vadium*, *vadimonium* et par suite la rétention conventionnelle accessoire du gage (1).

Les Gallo-Romains continuèrent, après l'établissement des peuplades germaniques en Gaule, à être régis par leur droit propre. « Le droit civil Romain ne fut pas du
« tout banny des Gaules, quand les Francs les conqui-
« rèrent sur les Romains car ils n'y arrivaient pas
« comme exterminateurs mais comme vrais conquérants
« et comme se voit par la loi salique, la loi des Bourgui-
« gnons et celle des Ripuaires que les Romains des
« Gaules étant en la sujétion des Francs étaient jugés
« par eux selon les lois Romaines ».(2,3) Ils conservèrent donc l'usage de la rétention (4).

1. Pardessus, loi salique, p. 643. Laferrière, Hist. du droit français, V. p. 24.

2. Guy Coquille. Préambule de la Cout. du Nivernais, p. 2 col. 1 in fine. V. Lindenbrog, p. 267, Baluze. Francs, t. 1 capitul. p. 7. — Canciani, t. 1, p. 7.

3. Citons aussi la loi des Visigoths, ou Bréviaire d'Alaric.

4. De Savigny, Hist. du dr. Romain au Moyen-âge.

Le système de la personnalité des lois résultat de la tolérance des Romains, puis des Germains envers les peuples vaincus était trop compliqué, et surtout le devenait trop, avec la fusion progressive des races pour pouvoir durer longtemps; il fut remplacé par le système de la territorialité. Ce dernier système fut extrêmement favorisé par le morcellement féodal qui eut lieu à cette époque et qui amena cette extrême diversité du droit déjà existant et même du droit nouveau qu'il créa (1). C'est à cette époque que s'accomplit la division entre les pays de droit coutumier au nord et les pays de droit écrit au sud de la France.

Au milieu de l'extrême division des coutumes trois éléments d'unification subsistèrent qui réagirent peu à peu et amenèrent un peu d'unité : le droit canonique, les édits et les ordonnances des Rois, la renaissance du droit Romain. D'autres causes encore tendirent à l'unification : la rédaction des coutumes et les efforts des jurisconsultes qui demandaient depuis longtemps une législation unique pour toute la France, désir qui ne fut réalisé que par la publication du Code civil en 1804.

La connaissance de la compilation de Justinien et la renaissance des études de droit romain prirent place en Italie dès le XI^e siècle ; en France l'influence du droit romain se fit sentir à la fin du XIII^e et surtout au XIV^e siècle. Les jurisconsultes de l'époque s'efforcèrent de l'introduire dans le droit coutumier et même dans les insti-

1. M. Lefebvre à son cours de Droit coutumier.

tutions du droit féodal et de baser sur des textes romains les dispositions coutumières et féodales. Déjà cette influence se fait sentir dans le premier en date des coutumiers le Conseil à un ami de Pierre de Fontaine (1), dans les Etablissements de St-Louis (2) et surtout dans la Somme Rural de Bouteiller (3).

C'est donc à cette époque que le droit de rétention s'introduisit en droit coutumier et il pénétra même dans des matières tout à fait étrangères au droit Romain. Les seigneurs s'efforcèrent d'en restreindre l'usage car il tendait au même titre que la reconvention et la compensation à diminuer le nombre des procès et par suite les frais de justice parfois considérables qu'ils touchaient en vertu de la patrimonialité des justices (4). Mais malgré ces efforts, la rétention se généralisa et se développa de même que la compensation et la reconvention. La deuxième rédaction de la coutume de Paris (article 106) porte bien encore le principe : « reconvention en cour laye n'a lieu » reproduit de l'article 75 de l'ancienne coutume, mais elle admet des

1. Ce coutumier se référant à la coutume de Vermandois est de 1253, on y trouve reproduits des passages de Paul et de Gaius relatifs à la revendication et à la pétition d'hérédité.

2. Ce coutumier qui fut publié dans les années qui suivirent la mort de St-Louis, a été pris longtemps pour un texte officiel.

3. La Somme Rural ou Coutumier et pratique de droit écrit et coutumier observé en France, a été écrit à la fin du XIV^e siècle.

4. Toullier, III, 3, n^o 356. Dalloz, Rép. Rétention, n^o 25.— Tanon la Procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles.

exceptions à la règle et Ferrière nous apprend en outre que la règle elle-même était mal observée (1).

Les textes législatifs de notre ancien droit n'ont jamais traité de la rétention d'une manière générale, ils se contentent de citer ou de réglementer quelques applications.

Nous allons passer rapidement en revue la loi *si vasallus in feudo* et les principaux articles des coutumes et des ordonnances qui se rapportent à notre matière.

La loi *si vasallus* vise le cas où un fief prend fin en vertu de la loi de concession et sans la faute du vassal par exemple, comme le dit Dumoulin, à l'expiration du temps fixé si la concession était temporaire ou si, comme le suppose le texte lui-même, le vassal meurt sans laisser d'enfants mâles, par opposition au cas où le fief prend fin par la commise féodale. Voici d'ailleurs le passage de cette loi qui a trait à la rétention et dut recevoir son application en France dès la fin du XII^e ou le commencement du XIII^e siècle :

« *Si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum melioraverit et contigerit postea ut vasallus sine filio masculino decedat, dominus aut patiatur ædificium auferri aut solvat pretium meliorationis.*

Idem dico si pretio servitutem feudo acquirat, quidam alii dicunt ad dominum pertinere... » (*Feudorum lib II tit. XVIII*).

1. Claude de Ferrière sur l'art. 106, coutume de Paris. — Autres coutumes : Mantes, art. 108. — Montfort, art. 69.

D'après la première partie, de ce texte le seigneur qui veut reprendre le fief a le choix entre deux partis : laisser le vassal ou ses héritiers, enlever les constructions ou les améliorations faites ou les rembourser s'il préfère conserver ces améliorations ; mais dans ce dernier cas, ce remboursement doit-il être préalable ?

Dumoulin et Garsias (1) accordent formellement la rétention en même temps que l'action en répétition au vassal pour ses impenses. Basnage déclare que le vassal peut « retenir et répéter les améliorations (2). » Mais en a-t-il toujours été ainsi ?

Nous ne le croyons pas ; le texte en effet ne le dit pas d'une manière formelle et cette idée nous semble en contradiction avec l'esprit du régime féodal de l'époque. Ce ne doit être que plus tard, sous l'influence des principes du

1. Dumoulin, *In consuet.* Paris. Fiefs, 1 § 1. Gloss. V, n° 76, 77, 82. Garsias, auteur de Galice, province où s'appliquait la loi *si vasallus. De expensis et meliorationibus* XII, 85 «... *recuperabit hujus modi expensas retenta hac opinione vel exceptione, vel beneficio : l. domum C De rei vind....* »

2. Basnage sur l'art. 125, de la coutume de Normandie. Répéter peut comprendre à la fois l'action et la rétention ; quant à l'expression retenir les améliorations elle désigne uniquement le *jus tollendi*. Pothier l'emploie dans ce sens. Traité du contrat de vente V. Partie II^e chapitre, n° 404.

Ces mêmes auteurs traitent également des droits de l'emphytéote et des droits du vassal contre lesquels on a exercé la com mise féodale pour leurs impenses et améliorations. V. Dumoulin sur Paris, Fiefs 1 § 1. Gloss. V. n° 69. Loyseau du Deguerpissement, C. VI, chap. 6, n° 6 et s. — Louet lettre E, X, citant plusieurs, arrêts des Parlements de Paris et de Toulouse.

droit Romain renaissant, qu'on en arriva à accorder au vassal la rétention pour ses impenses.

La deuxième partie du texte dit qu'il y avait controverse pour savoir si le seigneur devait rembourser le vassal pour les servitudes que ce dernier avait acquises sur le fief; si l'on admet l'affirmative on doit décider qu'il y eut là un deuxième cas de rétention dans les rapports entre le vassal et son seigneur.

Coutumes. — Il n'y a que très peu de dispositions des coutumes se référant à la rétention; le mot de rétention s'y trouve très rarement employé et quelquefois en outre dans un sens différent. Voici les principales dispositions :

Un troisième cas de rétention à l'encontre du seigneur se rencontrait en vertu des art. 29 de la Coutume du Maine, 34 de la coutume d'Anjou, 37 de la coutume de Tours, 180 de la coutume de Troyes, de l'art. 14 chapitre 16 de la coutume du Nivernais, de l'art. 111 de la coutume de Chaumont (1). Loysel l'énonce en ces termes :

1. Parmi les coutumes que nous avons citées, il en est qui n'accordent ce droit aux seigneurs que pour la construction d'un étang non pour une gareune. Sic Maine et Anjou (commentaire de St-Vast).

Il en est qui exigent que le seigneur ait la chaussée dans son domaine et qu'il ne se trouve ni fiefs ni maisons dans les fonds qu'il prétend submerger. Sic : Maine, Anjou, Touraine. (Jacquet, *traité des fiefs*, 14 p. 409).

Pocquet, dans son commentaire sur l'art. 29 de la coutume du Maine, dit que le seigneur ne peut contraindre ses sujets à leur céder leurs terres moyennant préalable indemnité que pour aug-

« Le seigneur du fief faisant construire un estang ou une garenne avait le droit d'y enclore les terres de ses sujets moyennant récompense préalable » (1).

Il y avait là une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée en faveur du seigneur. L'indemnité qui devait être préalable consistait le plus souvent en un échange, le seigneur devait donner à ses sujets des terres de même quantité et qualité que celles qu'il leur prenait et c'était pour que cette estimation pût être faite en connaissance de cause qu'il devait différer le « submergement » jusqu'après le paiement ; au cas où le seigneur aurait fait les travaux avant la récompense il devait payer triple droit (2).

L'art. 175 de la coutume de Paris est ainsi conçu : « Dépens d'hôtelage livrés par hôtes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiés et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et chevaux hôtelés et les peut l'hôtelier retenir jusqu'à paiement et si aucun autre créancier les voulait enlever l'hôtelier a juste cause de s'y opposer » (3).

menter un étang déjà existant mais non pour en créer un Pocquet *des fiefs* l. 6, chap. 8, § 3.

La coutume de Tours n'accorde ce droit qu'au seigneur haut justicier. La coutume de la Marche au contraire dans son art. 310 l'accorde même à de simples particuliers pour les moulins.

1. *Institutes coutumières* II tit. 2, art. 27.

2. Arrêt du 15 mars 1647 rapporté au *Journal des audiences*, T. I. liv. 5, chap. 20.

3. Autres coutumes : Mantes, art. 188. — Montfort, art. 180. — Reims, art. 395. — Calais, art. 243. — Etampes, art. 154. Ce privilège

Ici l'hôtelier a à la fois un privilège et un droit de rétention, ce dernier droit sert à consolider et à renforcer le privilège.

Par le privilège, l'hôtelier pourra exercer un droit de préférence sur le prix provenant des effets et chevaux du voyageur, s'il en poursuit la vente. Par le droit de rétention, il peut en conserver la possession même à l'encontre des autres créanciers privilégiés jusqu'à ce qu'il ait reçu un paiement complet de ce qui lui est dû.

Un autre cas d'application de la rétention se rencontre dans les articles 305 de la coutume de Paris et 306 de la coutume d'Orléans (1). C'est un principe dans ces coutumes que « père, mère et autres ascendants ne peuvent avantager l'un de leurs enfants plus que l'autre venant à la succession » (art. 273 coutume d'Orléans).

L'idée d'égalité entre les cohéritiers, qui était absolue quant aux legs, ne s'appliquait qu'entre descendants

ne s'applique pas aux chevaux des gendarmes et gentilshommes au service du roi ni aux ecclésiastiques. Ce privilège ne s'applique pas non plus aux vêtements que le voyageur porte sur lui (Duparc-Poullain, *Principes du dr. français*, .C. III, ch. 20. sect. 2, n° 56). De Ferrière sur l'art. 175, cout. Paris cite un arrêt de la Tournelle du 18 mars 1595 condamnant à dix écus d'amende, un hôtelier de Vendôme pour avoir dépouillé de ses vêtements un voyageur qui en était mort de froid, pour exercer le droit de rétention sur ces effets.

V. encore sur ce privilège et sur le rang à lui assigner en cas de concours avec d'autres privilèges de Laurière commentaire sur la cout. de Paris, art. 175 — d'Argon, *Institutions du droit français*, l. 14, ch. 3.

1. V. Cl. de Ferrière, sur l'art. 305, c. Paris. — Pothier, sur art. 306, cout. Orléans et introd. au tit. XVII de la coutume, des *droits de succession*, sect. VI, art. 3, § 4.

quant aux donations entre-vifs ; de là la nécessité inéluctable du rapport pour les descendants venant à la succession dans nos coutumes (1). Comment devait se faire ce rapport ? En moins prenant pour les meubles ; pour les immeubles il pouvait également se faire en moins prenant s'il y avait dans la succession d'autres héritages « de pareille valeur et bonté » mais s'il n'y en avait pas le cohéritier était tenu au rapport en « espèce ou essence ». Dans ce dernier cas, s'il avait fait des impenses utiles et nécessaires, il devait en être remboursé par ses cohéritiers et si ceux-ci s'y refusaient il n'était « tenu de rapporter seulement l'estimation des dits héritages en esgard au temps que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses » (Cout. d'Orléans, art. 306).

Nous trouvons ici une hypothèse toute spéciale d'application du droit de retention. Dans notre ancien droit, et nous aurons bientôt à développer cette idée, celui qui a fait des impenses et améliorations et qui a droit au remboursement de ces impenses est toujours armé d'une

1. On distinguait à cet égard trois groupes de coutumes : certaines coutumes dites de préciput admettaient la donation aux descendants par préciput (Nivernais, Bourbonnais) ; d'autres n'admettaient même pas que l'on pût garder le don en renonçant à la succession au moins dans les successions non nobles et c'était plus logique au point de vue des idées germaniques. C'étaient les coutumes dites d'égalité parfaite (Maine, Anjou, Touraine) ; d'autres enfin permettaient aux descendants de garder le don en renonçant à la succession : C'étaient les coutumes dites d'égalité simple ou d'option (Paris, Orléans).

action pour pouvoir agir en répétition ; ici, au contraire, il n'a que la voie de la rétention vis-à-vis de ses cohéritiers, s'ils veulent obtenir le rapport en nature, et celle de la déduction s'ils aiment mieux y renoncer. C'est que la faculté d'exiger le rapport en nature est concédée aux cohéritiers dans leur seul intérêt et qu'on a voulu que le donataire eût dans ce cas une garantie de remboursement contre eux au moyen de la rétention (1).

L'article 372 de la coutume d'Orléans relatif au retrait lignager est émise en ces termes : « Celui qui retrait aucun héritage est tenu de payer les réparations et impenses nécessaires faites sans fraude par celui sur lequel il a été retrait, icelles préalablement liquidées ».

Le retrayant doit rendre l'acquéreur indemne de toutes les dépenses légitimes qu'il a faites, ainsi il doit lui rem-

1. Sur ce fait que l'héritier en cas de rapport en nature n'a que la rétention et sur la distinction et l'estimation des impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. V. Pothier, *Traité des successions*, chap. IV, art. 2 § VII et Rouzeau sur art. 306, c. Orléans.

De Ferrière et Laurière sur art. 303, cout. Paris interprètent autrement cette disposition ; d'après eux, elle donne à l'enfant avantagé le choix de faire le rapport en nature ou en estimation, même quand il n'y a pas d'autres héritages dans la succession. C'est dans son intérêt que la règle est établie et quand la coutume dit qu'il est tenu de rapporter seulement l'estimation, cela s'entend au cas où ce serait plus avantageux pour lui ; car s'il veut faire le rapport en espèce, il n'en peut être empêché.

L'interprétation que nous avons donnée qui est notamment celle rapportée par Papon, arrêts, l. XXI, tit. 6, 1 in fine et celle de Pothier nous paraît à la fois plus conforme au texte de la coutume et au principe d'égalité qui est la base du rapport.

bourser le prix payé ou le libérer du prix qu'il doit encore, l'indemniser des charges appréciables à prix d'argent qui font partie du prix de l'acquisition et qu'il a acquittées ou qu'il est tenu d'acquitter, l'indemniser des loyaux coûts de l'acquisition et des impenses nécessaires (1) faites sur l'héritage.

Le remboursement du prix de l'héritage et des autres sommes liquides doit être préalable aux « délais » de l'héritage par l'acquéreur sur qui le retrait lignager est exercé.

Si le prix principal n'était pas liquide, suivant Pothier, l'acquéreur pouvait, sur la demande en retrait

1. L'ancienne coutume, art. 293, ordonnait aussi le remboursement des impenses utiles, mais ce dernier point fut supprimé lors de la deuxième rédaction. La raison en est qu'il ne doit pas être permis à l'acquéreur de rendre la condition du retrait plus onéreuse, par le fait de ses impenses ; aussi la plupart des coutumes notamment Paris, art. 146, Orléans, art. 273, interdisent-elles durant l'an et jour à l'acquéreur d'un héritage sujet à retrait, de « faire aucun bâtiment neuf ni aucunes grosses réparations si elles ne sont nécessaires. » — Bien entendu l'acquéreur peut enlever ses dépenses utiles ou voluptuaires si cela peut se faire sans détérioration et à charge de remettre les lieux dans leur état primitif ; des coutumes le prévoient même d'une manière formelle : Laon, art. 253, Châteauneuf, art. 89. — Pothier, *Traité des Retraits*, 1^{re} Partie, chap. IX, art. 4 n° 330-332. — Guy-Coquille, question 182.

Il semble bien d'ailleurs qu'à l'origine, on ne faisait pas de distinction entre les impenses nécessaires et utiles et qu'elles devaient être remboursées : « Mais s'il venait dedans l'an et jour aucuns dou lignage et demandast l'achast à avoir, il l'avroit por coi il n'aust été semons devant joustice, mais il rendroit à celui tous les amandements qu'i avroit fait. » *Etablissements de Saint Louis*, édit. Viollet II, p. 299.

opposer le droit de rétention jusqu'à la liquidation et le remboursement de ce prix ; le juge lui fixait d'ailleurs un délai pour faire la liquidation, afin qu'il ne traînât pas les choses en longueur (Grimaudet VII, 43) (1).

Mais l'acquéreur aurait-il eu le droit d'user de rétention jusqu'à la liquidation des autres frais et notamment des impenses nécessaires non liquides ?

On trouve trois solutions différentes sur cette question dans notre ancien droit : Tiraqueau déclare que l'acquéreur a droit de conserver l'héritage jusqu'à ce que la liquidation des impenses auxquelles il a droit soit opérée et qu'il soit remboursé, et qu'il a ce droit même si le retrayant lui offre de lui fournir caution de le payer après la liquidation. — C'est la solution la plus conforme au caractère du droit de rétention, car ainsi que le dit Legrand : « Selon le droit commun, les choses peuvent être retenues... nonobstant les offres de caution » (2).

Papon dit au contraire « En retrait lignager, si les frais et loyaux coûts » (et nous savons que ces expressions comprennent aussi les impenses nécessaires) « ne sont pas liquides, il suffit de bailler caution pour entrer en jouissance de l'héritage adjudgé. Le Caron en allègue un arrêt de Paris, liv. 3, chap. 23 » (3).

1. Pothier, *Des Retraits*, ch. X, § I, n. 399.

2. Tiraquellus, *De utroque retractu* II, § VII, Gloss. 44.

3. Papon, *arrests*, l. XI, tit. V, n. 44, *in fine*. — Les loyaux coûts comprennent, avons-nous dit, les réparations nécessaires. Bourjon le dit expressément, *Dr. commun de la France* l. III, tit. XVII 2^e Partie *des Successions*, ch. VIII, distinct. II ; de même de Laurière sur l'art. 429 de la *Coutume de Paris*.

D'après Bourjon (1) et Pothier (2), l'acquéreur doit laisser le retrayant se mettre en possession, il ne peut pas même exiger qu'il lui donne caution, il doit lui suffire d'avoir pour ces créances non liquidées un privilège sur le fonds.

On cite souvent l'article 202 de la coutume de Troyes, comme contenant une application de la rétention. Voici cet article :

« Un conducteur peut user de rétention du loyage contre son locateur pour les réparations nécessaires de la maison où il demeure après sommation faite de les faire » (3).

Il s'agit là d'une faveur toute différente du droit de rétention tel qu'on a l'habitude de le comprendre et qui consiste dans le seul droit de garder la chose d'autrui sans pouvoir en user en aucune manière. Il n'y a pas dans notre hypothèse, un droit de rétention accordé au locataire sur la chose louée, mais simplement la faculté d'employer les sommes qu'il doit à raison du louage à faire exécuter et à payer les réparations nécessaires et urgentes auxquelles le locateur est tenu, mais qu'il néglige de faire faire.

1. Bourjon, *op. cit.*, l. III, tit. XX. 3^e Partie du retrait lignager, ch. IV, sect. I, 4 : « il suffit au retrayant de les payer après liquidation et l'acquéreur n'a pour ce, qu'une simple action privilégiée sur l'héritage. »

2. Pothier, *Des Retraits*, ch. X, § 1, n. 398.

3. Autres coutumes. Bourbonnais. art. 420. — Auxerre. art. 152. — Berry, chap. IX, art. 40. — V. aussi Loyset, *Inst. Cont.*, l. III, tit. 6. *Du Louage*, art. 2, règle 480.

D'ailleurs, bien que ce point n'ait pas été prévu par nos coutumes, le locataire aurait à la fin du bail le droit de rétention sur la chose louée, pour se faire rembourser des impenses nécessaires qu'il avait dû faire sur cette chose (1).

Le locataire avait aussi le droit de rétention pour les dommages-intérêts qui lui étaient dus lorsque le bail se trouvait résolu par suite de la vente de la chose louée et que l'acquéreur voulait l'expulser ; il fallait pour qu'il pût user de ce droit que son bail eût été passé par devant notaire. C'est cette hypothèse que prévoit formellement l'article 1749 du Code civil (2).

Nous nous refusons encore à reconnaître une application de la rétention légale dans le droit d'insistance que la coutume de Bordeaux (tit. IV, § XI) accorde à la femme survivante sur les biens de son mari.

Comme nous le disions en commençant l'étude des dispositions des coutumes relatives à la rétention, on voit que les coutumes se sont peu occupées du droit de rétention ; ceci s'explique par leur brièveté, et ce fait qu'elles ne traitent qu'une partie du droit privé ; on

1. Pothier, *Du Louage*. 2^e Partie, ch. II, § 3, n. 130. — Arrêt du 19 mars 1566, cité par Papon. V. aussi l'arrêt du 12 février 1530 au Parlement de Paris qui décide que s'il fallait une liquidation de ces impenses, le locataire n'aurait pas la rétention mais devrait vider la maison à la condition que le demandeur lui fournisse caution. Papon, liv. XI, tit. 9, I.

2. Claude Serres, *Instit. du dr. français*, l. III, tit. 25, § 6. — Comp. Pothier, *Du Louage*, 4^e Partie, ch. I, n. 291.

avait recours au droit romain pour les autres matières (1).

Mais il ne faudrait rien en conclure contre la généralité du droit de rétention. Ne voyons-nous pas en effet Guy Coquille dire à propos de l'art. 13 chap. 27 de la coutume du Nivernais qui permet « aux moissonneurs et voituriers de faire arrester et empescher les bleds du débiteur à la requête duquel ils avaient besogné », et cela jusqu'à plein paiement (2), faveur plus grande que le droit de rétention : « Nos lois de France qui ont bien souvent réprouvé toutes voies de fait et qu'aucun de son autorité se fasse droit et prenne sa raison par ses mains ont trouvé meilleur de faire saisir sous l'autorité de justice. Toutefois, si la chose était en la possession du mercenaire, sans vice ni fraude, je crois que sans faire saisir, il pourrait user de rétention, et est la rétention octroyée par le droit des Romains, non pas pour appréhender, mais pour retenir de son autorité sans le juge, si la chose est en sa puissance ».

D'Argentré, dans son commentaire sur la coutume de Bretagne, et bien que cette coutume soit muette sur le droit de rétention, l'accorde en termes exprès à l'usufruitier et au fermier pour les réparations nécessaires qui ne sont pas à leur charge.

1. Duparc Poullain. *Principes du dr. français*, l. I, tit. I, ch. I, n. 5. — Ch. Serres, *op. cit.*, l. I, tit. I, § 4, etc.

2. De même coutume d'Orléans, art. 445. — Coutume de Blois, 267 (Basnage, *Hypothèques*, I, ch. IX).

Ordonnances. — Les ordonnances n'ont pas non plus tenté d'édicter une réglementation générale de droit de rétention, elles se sont bornées à régler certains points et à réprimer quelques abus.

La plus ancienne ordonnance qui mentionne le droit de rétention est une ordonnance de Philippe de Valois rendue en 1344 « pour la réglementation des foires de Champagne (1). » Elle est faite, comme le montre son préambule, pour rétablir les anciens usages ; elle peut donc témoigner des usages suivis aux foires de Champagne dès le XIII^e siècle. L'article 6 de cette ordonnance est ainsi conçu : (2).

« Aucuns marchanz desdites foires ne seront contrains de livrer leurs denrées aux marchans, se premier ne sont satisfaits, ou cas que es traitiés des marchandises ne seraient faites expresses convenances de aucuns termes de payer, qu'ils ne soient paieiz troiz jours ou quatre après ce que les marchandises auront été délivrées. »

Il faut noter que d'après cet article ce droit de rétention paraît à cette époque un privilège réservé aux mar-

1. *Recueil des Ordonnances*, t. II, p. 203.

2. Cet article de l'ordonnance de 1344 qui n'a, croyons-nous, jamais été cité dans aucun ouvrage relatif au droit de rétention, nous a été signalé par notre excellent ami M. P. Havelin, docteur en droit. Nous renvoyons pour tout ce qui concerne les privilèges des foires, à son très remarquable ouvrage intitulé *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, ch. XVI et ch. XVII, p. 436 et s.

chands et de plus que c'est un privilège de foire, c'est-à-dire qu'il n'est accordé que pour les contrats faits *in corpore nundinarum* (1).

Cet article ne se trouve plus reproduit dans les autres ordonnances relatives aux foires de Champagne (2); c'est probablement parce que ce droit de rétention se généralisa, s'étendit à toutes les foires puis put être opposé par un vendeur non marchand en dehors des foires et marchés.

Les ordonnances de Montil-les-Tours de 1453, art. 43 et 44; de 1448, art. 53; de Blois de 1507, art. 114; d'Ys-sur-Thille de 1535, chap. 5, art. 8, défendent aux procureurs de retenir les lettres et titres des parties sous couleur de leurs dits honoraires. Mais ces ordonnances reconnaissent formellement aux procureurs le droit de retenir les titres par eux fournis pour la garantie de leurs frais de procédure (3).

Ces ordonnances avaient pour but de remédier aux abus des procureurs qui retenaient les pièces de leurs clients, même celles qui leur avaient été fournies par ces derniers et pour lesquelles ils n'avaient eu aucun frais, pour se faire donner des honoraires considérables.

1. Huvelin, *op. cit.* p. 472.

2. Cet article n'est déjà plus reproduit dans l'ordonnance de 1319 (*Recueil des ordonnances*, t. II, p. 308) qui reproduit pourtant presque tous les articles de l'ordonnance de 1344.

3. Guy Coquille, question 197 citant un arrêt de 1547.

Papon, *Arrêts notables*, C. VI, tit. 4, 21 arrêts de novembre 1543 et du 23 juin 1575.

L'ordonnance de 1549, art. 5, porte que le geôlier et concierge des prisons ne peut retenir le prisonnier pour le gîte et geôlage (1).

L'édit d'août 1550 du roi Henry II enregistré par le Parlement de Paris décide : « qu'un geôlier ne peut retenir un prisonnier absous ou condamné pour ses despens seulement qu'il a faits à la geôle » (2).

Les possesseurs de bonne foi avaient droit : au remboursement intégral de leurs impenses nécessaires, au remboursement de la plus-value causée à la chose pour leurs impenses utiles ; ils jouissaient du *jus tollendi* pour leurs impenses voluptuaires (3). Ils avaient une action en répétition pour recouvrir ces créances et de plus ils pouvaient user de rétention sur la chose s'ils la détenaient encore. Le possesseur de mauvaise foi dans l'opinion la plus généralement admise avait droit au remboursement de ses impenses nécessaires et ne jouissait que du *jus tollendi* pour ses impenses utiles et voluptuaires. Mais pour ses impenses nécessaires, il

1. Papon, *Arrêts*, C. XXIV, tit. 4, 1. — Guy Pope, *Décisions et questions*, n° 448 qui cite un arrêt du Parlement de Paris de 1554 qui malgré ces prohibitions consacre le droit de rétention des géoliers. Dalloz, *Rep.*, rétention n° 55.

2. *Id.*

3. Papon, *op. cit.*, C. XVIII, tit. 4, 13 cite un arrêt du 17 avril 1427 accordant une action au possesseur de bonne foi même pour ses impenses voluptuaires et par suite la rétention puisque les deux allaient ensemble. Boularic cité par Serpillon sur ord. de 1667, tit. 27, a. 9, accordé expressément la rétention pour impenses voluptuaires au possesseur de bonne foi.

pouvait tout comme le possesseur de bonne foi user de l'action en remboursement et de la garantie de la rétention.

Des abus se produisirent ; on vit des possesseurs ne réclamer le paiement de leurs impenses qu'après avoir été condamnés et au moment où l'on voulait exécuter la sentence ; ils opposaient alors leur droit de rétention pour se faire maintenir en possession et ils s'efforçaient de retarder la vérification et la liquidation de leurs impenses pour prolonger cet état de choses le plus longtemps possible (1).

Trois ordonnances très importantes vinrent successivement régler l'exercice de ce droit de rétention.

1^o L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 pour empêcher que l'on pût arrêter arbitrairement l'exécution des arrêts, décidait dans son article 97 que le possesseur condamné devait « vérifier et liquider ses réparations, améliorations ou autres droits pour lesquels il prétend rétention des biens et choses adjudgées, dedans, certain brief délai seul et péremptoire, qui sera arbitre par les exécuteurs selon la qualité des matières et distance des lieux » sous peine de se voir enlever la jouissance des biens. Et si cette dernière hypothèse se réalisait, la partie qui obtenait ainsi le délaissement devait donner caution de payer ce qui se trouverait être dû au condamné une fois la liquidation terminée.

1. M. Glasson, *op. cit.*, p. 18.

Cette ordonnance abandonnait la fixation du délai à l'arbitraire des Parlements; les liquidations continuèrent à traîner en longueur.

2^o Une nouvelle ordonnance fut rendue en 1566 sur la rédaction du chancelier de l'Hôpital. D'après l'article 52 de cette ordonnance, le condamné pouvait user de la rétention, mais à la condition de s'engager à opérer la liquidation de ses réparations et améliorations dans le délai d'un mois. S'il ne prenait pas cet engagement ou s'il n'avait pas achevé la liquidation dans le délai d'un mois, le propriétaire pouvait reprendre immédiatement sa chose, mais il devait donner au possesseur une caution suffisante pour lui assurer le remboursement de ses impenses une fois liquidées; le possesseur avait en outre une hypothèque sur le fonds.

3^o L'ordonnance de 1667, titre 27, de l'exécution des jugements, article 9, marque un retour en arrière. Elle reconnaît au détenteur la faculté de retenir la chose jusqu'au remboursement des sommes, espèces, impenses et améliorations à la charge pour lui de les faire liquider dans le délai fixé par le juge. Si la liquidation n'est pas terminée à l'expiration du délai fixé, le propriétaire sera « mis en possession des lieux en donnant caution de payer ces sommes après qu'elles auront été liquidées » (1).

1. V. sur cet article de l'ordonnance de 1667, Pothier, *Traité du domaine de propriété*, II^e partie, ch. I, art. 7, 11, n^o 357.

CHAPITRE II

THÉORIE DU DROIT DE RÉTENTION DANS NOTRE ANCIEN DROIT

Nous avons passé en revue les textes de l'ancien droit : coutumes et ordonnances, et nous avons constaté qu'ils ne traitent qu'accessoirement du droit de rétention. Il faut en dire autant de nos anciens auteurs : aucun n'a essayé d'établir une théorie générale sur le droit de rétention ; aucune monographie n'a été faite sur ce sujet à cette époque. De là la difficulté en présence de ce petit nombre de renseignements et en présence des contradictions des auteurs, de se faire une idée exacte de ce que pouvait bien être la rétention dans notre ancien droit.

Ce qui paraît évident c'est que la rétention a été introduite dans notre droit et s'y est développée sous l'influence du droit Romain, c'est donc la théorie Romaine qui a été appliquée et on y a eu d'autant plus recours que les coutumes et les ordonnances étaient peu explicites sur cette matière. Sans doute le droit Romain n'avait dans les pays de coutume que la valeur de raison

écrite mais on y recourait en cas de défaillance des constitutions et ordonnances des rois, du droit général français non écrit et des coutumes (1). Notre institution a donc en principe les mêmes caractères et les mêmes conditions d'existence qu'à Rome. Deux changements très importants et indiscutables se sont pourtant produits: En vertu du principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui celui qui a fait des impenses nécessaires ou utiles sur la chose d'autrui est toujours armé d'une action pour en obtenir le remboursement. En second lieu le droit de rétention est devenu réel c'est-à-dire opposable à tous.

I. L'auteur des impenses avons-nous dit avait toujours une action pour les recouvrer; nous avons vu au contraire qu'à Rome la rétention était souvent sa seule arme. C'est que le nombre des actions n'était pas limité comme à Rome; la règle moderne et équitable que tout intérêt pécuniaire doit être sanctionné par une action s'était fait jour dans notre ancien droit. « Le nombre des actions dans le droit Romain était limité et chacune avait son nom propre et particulier; mais parmi nous, nous n'avons que le terme générique d'action ou de demande qui est commun et général pour toutes les actions qu'une partie peut ou veut intenter ». Ainsi s'ex-

1. Notes sur le commentaire de Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais par Dupin, p. 82. — V. de Ferrière, *Introd. du commentaire sur la coutume de Paris*. — Challerie, *méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, p. 204.

prime Guy Coquille (1). Aussi jamais les anciens jurisconsultes n'avaient pu admettre que le possesseur qui a fait des impenses sur le terrain d'autrui pût être désarmé à l'encontre du véritable propriétaire ; ils n'avaient même pas pu concevoir qu'il en eût été ainsi à Rome et ils disaient que le possesseur avait en droit Romain la *condictio indebiti* ou qu'il avait une action utile au lieu de l'action directe (2).

II. Nous avons encore dit que le droit de rétention était devenu réel c'est-à-dire opposable à tous ; ce point est hors de doute et on peut citer à l'appui de nombreux passages des anciens auteurs ; Dumoulin dit expressément « *jus retentionis est reale* » (3).

S'il en était autrement à Rome, c'était uniquement en raison de la procédure ; le préteur voulant protéger le possesseur n'avait pu le faire qu'en se conformant aux principes de la procédure Romaine ; la rétention se faisait valoir au moyen de l'exception de dol ; comme cette exception, elle ne pouvait être exercée qu'à l'encontre de l'auteur du dol ou de ses héritiers.

Nature du droit de rétention. — C'était donc un droit

1. Guy Coquille. V. aussi Cl Serres, op. cit. l. II. tit. 1 § 30 ; l. III, tit. 25 § 2 ; C. IV, tit. 6 § 8.

2. Martinus, Azon. Cujas, obs. lib. X cap. I. Dumoulin sur Paris, I, tit. 1 § 4. Gloss. V. n° 102. — Guy Coquille. Question 198.

3. Dumoulin sur Cout. de Paris, tit. XI, art. 128, n° 46, 17, 48, 49. — Tit. 1, des fiefs, § 1 n° 94, Gloss. V. *in verbo*, le Fief. — Basnage, Hypothèque, 1^e Partie, ch. XVI, rubrique. Des améliorations faites sur un fonds.

opposable à tous et même aux créanciers ayant un droit de préférence antérieur sur la chose, aux créanciers hypothécaires antérieurs comme aux créanciers hypothécaires postérieurs (1). On soutient dans l'opinion la plus généralement suivie, et il semble bien en effet à première vue, qu'il y avait divergence sur ce dernier point entre nos anciens auteurs ; mais en allant au fond des choses on s'aperçoit que ces contradictions sont plus apparentes que réelles.

Aux nombreux textes qui ne font aucune distinction entre ces divers créanciers hypothécaires, on a opposé un passage de Dumoulin et un autre de Duparc Poullain.

Dumoulin (2) examinant de quelle manière un tuteur ou un mineur dépourvu de curateur peut donner à une tierce personne une garantie réelle sur les biens de ce mineur, déclare qu'ils peuvent « *constituere quasi pignus seu quasi hypothecam in prædiis suis per viam retentionis sive exceptionis videlicet tradendo prædia creditori.* » Il s'agit donc ici d'un droit de rétention conventionnel et, notre auteur décide que ce droit conféré à un créancier sera opposable seulement au débiteur et aux créanciers hypothécaires postérieurs. C'est qu'il a trouvé souverainement injuste qu'un débiteur pût ainsi

1. Dumoulin, op. cit. tit. XI, art. 128, n° 17 : « ... quia præfertur omnibus proprietariis et directis et utilibus et omnibus creditoribus etiam hypothecariis, etiam hypotheca expressa nedum tacita » — Duparc Poullain. Principes l. III, ch. 20, n° 159. — Cl Serres, op. cit. II, tit. 8 § 1.

2. *Tractatus contractuum usurarum redditumque pecunia constitutorum*, Quæst., 36, n° 278.

de sa propre volonté constituer un droit qui porterait atteinte aux droits de préférence acquis antérieurement par d'autres créanciers, un droit qui se trouverait l'emporter sur un gage ou une hypothèque précédemment consentis. Mais cette solution vise uniquement le cas de la rétention conventionnelle et n'est par suite nullement en contradiction avec les autres passages de Dumoulin que nous avons déjà cités et qui ne font aucune distinction entre les créanciers hypothécaires antérieurs ou postérieurs auxquels on oppose un droit de rétention légal.

Quant au passage de Duparc Poullain il a trait au droit de rétention accordé au créancier gagiste par le rescrit de Gordien qui recevait son application dans notre ancien droit ; d'après cet auteur la rétention n'était dans ce cas opposable qu'au seul débiteur. Telle était également, nous l'avons vu, la décision Romaine puisque le créancier gagiste n'était dans cette hypothèse protégé que par l'exception de dol. Cette opinion est d'ailleurs contredite par d'autres auteurs et en tous cas elle ne vise que cette espèce particulière qui n'est à proprement parler qu'un cas de rétention conventionnelle tacite (1).

On peut donc dire que dans notre ancien droit la rétention constituait un droit réel en ce sens qu'elle était opposable à tous les créanciers du débiteur. Mais selon nous il faut s'arrêter là et dire que la rétention

1. Duparc Poullain, op. cit. I. II, ch. 20, sect. 5, n° 245, in fine. Contra. Cl. Serres, op. cit. I. II, tit. VIII, in fine.

continue à consister uniquement dans le droit pour le créancier qui en est investi de conserver la détention de la chose du débiteur pour garantie de sa créance et que ce droit se perd avec la possession de cette chose(1). Bien entendu, dans ce dernier cas, le créancier garde son action en remboursement ; mais nous nous refusons à voir dans la rétention, comme le fait la majorité des auteurs (2), un véritable privilège : un droit de préférence complet uni à un droit de suite.

Jamais la rétention n'a conféré un droit de préférence sur le prix provenant de la vente de la chose et si le rétenteur veut prendre l'initiative des poursuites à fin d'expropriation du débiteur, il n'est plus qu'un créancier chirographaire et comme tel ne viendra qu'au marc le franc à la distribution des deniers. L'erreur des auteurs vient de ce qu'ils s'appuient sur des textes où le droit de rétention est uni à un privilège et ils confondent les effets du privilège avec ceux de la rétention.

Jamais non plus le droit de rétention n'a été armé d'un droit de suite. On cite pourtant à l'appui de l'opinion contraire plusieurs textes : nous allons les examiner.

Guy Coquille, recherchant quels sont les droits du créancier rétenteur en général, déclare qu'à côté de la

1. Pothier. Traité du dépôt, n° 74, in fine. — « *Verum est tamen quod istud non procedit nisi per viam retentionis et quandiu retinet.* » (Dumoulin, op. cit. loc. cit.).

2. Cabry, op. cit. n° 60 et 61, p. 93, et s. — Mr. Glasson, op. cit. p. 23 et 85. — Guillouard. Traité de la rétention, n° 14.

réten-tion il a toujours dans notre droit une action en remboursement de ses impenses et termine en ces termes : « *Imo* quand aucun qui pouvait user de la réten-tion de la chose s'en est départi sans être remboursé, il a son action à ce que la jouissance lui soit établie » (1). Il ne faut voir là, croyons-nous, qu'une simple allusion à l'action possessoire ; s'il fallait y trouver un droit de suite nous dirions que cet auteur émet là une opinion toute personnelle et nous ajouterions qu'il ne semble pas se faire une idée très nette du droit de réten-tion ; ne dit-il pas quelques lignes plus haut : « La réten-tion est introduite quand il n'y a point de propre action pour répéter les frais » (2) ce qui est en contradiction flagrante avec le passage qui nous occupe.

On cite encore un passage du Duparc Poullain relatif à la situation du tiers détenteur en présence de créanciers hypothécaires où il dit : « Il a la reprise par préférence des édifices nécessaires ou utiles qu'il aurait faits » (3) et une note de Dumoulin conçue en ces termes : « *Retentio et persecutio impensarum nomine etiam adversus creditorem hypothecarium competit* » (4). Le tiers détenteur car, remarquons-le, ces deux textes visent uniquement son cas, est privilégié pour ses impenses sur l'immeuble à l'encontre des créanciers hypo-

1. Question 198.

2. Question 197.

3. *Principes*, L. III, chapitre 20, sect. 7, n° 155.

4. Dumoulin, *op. cit.*, n° 94, C. 1, tit. II, Des fiefs.

thécaires. Cela est incontestable, les textes sont formels ; mais cela vient uniquement de ce que dans notre ancien droit il avait un privilège. A l'origine son droit n'était sanctionné que par un droit de rétention et c'est la solution que continue à donner Basnage dans un passage que nous avons déjà eu occasion de citer, quand sur la question de savoir si le créancier hypothécaire pourra déposséder l'acquéreur avant le remboursement des impenses il répond : « Si les améliorations augmentent considérablement la valeur du fonds, l'acquéreur le peut retenir jusqu'à ce qu'il en ait été récompensé, *non aliter cogetur creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in ædificatione erogatos quatenus res pretiosior facta est receperit*, l. Paulus 29, 2 *De pign. et hyp.* » (1). Puis on tendit à lui reconnaître un privilège au lieu et place de la rétention, Dumoulin dans le passage invoqué déclare que s'il est vrai que le créancier hypothécaire voit sa sûreté s'étendre aux améliorations qui surviennent à l'immeuble et en particulier à celles qui sont le fait du tiers détenteur, celui-ci peut l'écarter en lui offrant le prix que coûtait l'immeuble au moment où il en avait fait l'acquisition (2) ; s'il n'emploie pas ce moyen il a droit à être remboursé de ses impenses et améliorations et il peut user de rétention à cet effet, mais en outre, dit Dumoulin en terminant, il a sous certaines distinctions un privilège : « *An autem et quando pro his habeat taci-*

1. Basnage, Hypothèque, tit. XVI.

2. On peut déjà voir l'origine de notre purge légale.

tam hypothecam et prælationem remitto ad dicenda infra... » et c'est pour cela qu'il lui accorde une action privilégiée.

Le terme de cette évolution se trouve dans Pothier qui nous apprend que le tiers détenteur a bien un privilège mais pas de droit de rétention : « Dans notre droit nous avons bien admis le privilège du détenteur sur l'héritage pour ses impenses nécessaires et utiles, mais nous n'avons pas également admis le droit que la loi 29, § 2 *De pign. et hyp.* lui donne de retenir l'héritage jusqu'à ce qu'il en soit remboursé. C'est pourquoi Loyseau enseigne que le détenteur peut être contraint à délaisser l'immeuble avant que le prix de ses impenses lui ait été remboursé sauf à lui après que l'héritage aura été vendu à se faire colloquer à l'ordre par privilège savoir pour les impenses nécessaires sur le total du prix ». Comme le privilège ne donne pas la même sécurité que la rétention, Pothier ajoute que le tiers détenteur « peut au moins dans certains cas exiger qu'avant d'être obligé à délaisser, le créancier lui donne caution que l'héritage sera vendu à si haut prix qu'il puisse être payé desdites impenses sans encourir aucun frais » (1).

Ce qui montre bien encore que le droit de rétention n'était pas muni d'un droit de suite, c'est qu'il a fallu une disposition expresse de la coutume de Paris pour

1. Coutume d'Orléans, introduction au titre XX, chap. Ier, sect. III, art. 1, § III, n° 38 et traité de l'hypothèque, ch. I, sect. I, art. II, § 4.

permettre au vendeur à terme d'une chose mobilière de recouvrer cette chose une fois livrée et en demeurer saisi jusqu'au paiement (1). Nous aurons du reste à revenir sur ce passage de la coutume, quand nous étudierons dans notre droit actuel le droit de rétention du vendeur.

Il faut donc décider que si la rétention est devenue un droit réel en ce sens qu'elle peut désormais être opposable à tous créanciers, elle n'en est pas moins restée un simple moyen de pression indirecte sur le débiteur par la privation de sa chose. Tout ce qu'on peut dire c'est qu'on a tenté souvent de la remplacer par une sûreté comme une caution ou un privilège. Les ordonnances et la jurisprudence se sont aperçues des abus que pourrait entraîner l'exercice mal entendu de la rétention. Aussi voyons-nous les ordonnances, tout en en reconnaissant l'existence et la généralité, fixer un délai pour la liquidation des impenses et remplacer cette garantie par une caution si le possesseur traîne les choses en longueur.

La jurisprudence s'est inspirée des mêmes idées ; nous avons vu Papon décider, dans la matière des retraits, que pour les loyaux-coûts il suffirait au retrayant de fournir une caution pour entrer en jouissance ; Basnage, nous l'avons vu, ne reconnaît le droit de rétention que pour les impenses importantes ; n'y a-t-il que de faibles dépenses, il considère que le détenteur n'userait de la rétention que pour entraver le droit du retrayant et il

1. Art. 197 de l'ancienne coutume de Paris, art. 176 de la nouvelle coutume.

décide que l'on passera outre. Du temps de Pothier, nous avons vu que l'on avait remplacé la caution par un privilège, quelquefois encore pour donner au possesseur une garantie plus forte on joint la caution au privilège. Ce dernier point montre bien encore que le droit de rétention était opposable à tous sans exception.

Étendue du droit de rétention. — Ayant ainsi suffisamment déterminé la nature de la rétention, il nous reste à examiner, quelle étendue lui était reconnue dans notre ancien droit.

Là encore c'est la théorie romaine qui a été adoptée, il faut donc décider avec la majorité des auteurs qu'il y avait lieu à rétention, non seulement dans les cas formellement admis par les textes législatifs : coutumes, ordonnances, textes du droit Romain consacrés par la pratique, mais encore toutes les fois qu'il y avait *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire une créance connexe à la chose retenue (1).

Cela résulte de nombreux passages de nos anciens auteurs : Vœt dit expressément : « *Præcipue retentioni locus est ob id quod occasione rei retentæ debetur veluti ob impensas in eam factas* ». *Præcipue* dit notre auteur, car il veut par là faire allusion aux cas formellement prévus par un texte (2).

Pothier, en décidant que le possesseur condamné sur l'action en revendication doit délaisser, ajoute : «... mais

1. *Sic* : Glasson, *op. cit.*, p. 24. — Guillouard, *op. cit.*, n° 12. — Dalloz, *Rép. Rétention*.

2. *Ad Pandectas. De compensatione*, § 20.

dans certains cas, lorsque le possesseur a déboursé quelques sommes ou contracté quelque obligation, pour la libération, la conservation et l'amélioration de la chose qu'il est condamné de délaisser, le possesseur qui excipe de ces impenses n'est condamné à délaisser qu'à la charge par le demandeur de le rembourser au préalable de ce qu'il a déboursé et de l'indemniser (1). »

Ailleurs il dit encore : « L'emprunteur a cela de commun avec tous ceux qui ont fait des impenses pour la conservation d'une chose qui se trouve en leur possession, qu'ils ont un droit de rétention sur cette chose pour s'en faire rembourser (2). »

On trouve le même langage dans Tiraqueau « *Et generale est ut res in quas impensas fecimus quarum ratio habenda est per retentionem servare possumus* (3). »

Enfin, M. Guillouard (4) cite un passage de Garsias, auteur de Galice, il est vrai, mais qui montre en tout cas, d'une manière encore plus expresse, que la doctrine du *debitum cum re junctum* était connue des jurisconsultes du xv^e siècle : « ... *Si tamen repetitum expensum in ipsa re tunc habet qui expendit causam retentionis coherentem ipsi rei licet res ipsa non sit in pignus tradita.* »

Dans une deuxième opinion, on repousse cette généralité que nous avons reconnue au droit de rétention, et

1. *Du Domaine de Propriété*, II^e Partie, ch. I, art. 6, n. 343.

2. *Du prêt à usage*, chap. II, sect. II, art. 1, § 4, n. 43.

3. *De utroque retractu*, II, § VI. *Gloss.* II, n. 8.

4. *Op. cit.*, n^o 12.

on décide qu'il n'y a lieu à l'application de ce droit que lorsqu'un texte formel des ordonnances, des coutumes ou du droit romain, en autorise l'exercice. Ce système est adopté par M. Cabrye (1), qui invoque à l'appui deux ordres d'arguments.

En premier lieu, il est impossible de trouver la formule du *debitum cum re junctum* dans les jurisconsultes coutumiers et ils donnent au contraire des décisions qui sont incompatibles avec cette prétendue règle.

Nous croyons avoir répondu par avance à la première partie de ce premier ordre d'arguments, la théorie du *debitum cum re junctum* se trouve nettement exprimée dans les passages que nous avons précédemment cités.

Voyons maintenant les décisions soi-disant incompatibles des auteurs. On cite d'abord le passage de Dumoulin, que nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de mentionner et qui permet au tuteur ou au mineur dépourvu de curateur, de donner une garantie réelle à un créancier en constituant un droit de rétention sur un bien du mineur : voilà, dit-on, un cas de rétention sans connexité. C'est bien évident, mais il s'agit ici de rétention conventionnelle, et la convention des parties peut constituer un droit de rétention, comme elle peut constituer un droit de gage, sans qu'il y ait la moindre connexité entre la créance et la chose engagée ; il n'y a donc aucune conséquence à tirer de là à l'encontre de notre théorie.

1. Cabrye, *op. cit.* p. 82 et s., n. 53.

On invoque ensuite un passage de Duparc-Poullain, relatif à l'imprescriptibilité du droit du créancier gagiste de retenir l'objet du gage tant qu'il n'est pas payé. Au bout de trente années, il n'a plus d'action en paiement, mais il conserve le droit de retenir la chose engagée. Voilà donc un droit de rétention qui existe, sans qu'il y ait la moindre connexité entre la dette du débiteur et la chose, objet de son droit de gage.

Il y a là une application de la règle romaine *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* qui était aussi en usage dans notre ancien droit ; il est de toute évidence qu'il s'agit ici de la rétention issue du contrat de gage et non d'un cas de rétention principale (1) ; l'action du gage est paralysée par la prescription, mais les autres effets du contrat subsistent.

On cite encore un passage de Pothier indiquant que le rescrit de Gordien recevait son application dans l'ancienne France : voilà encore un cas de rétention sans connexité. — Ici nous pouvons répondre qu'il y a un texte formel et que, dès lors, la condition de connexité n'est plus requise. On peut dire de plus qu'il s'agit ici d'un vrai cas de rétention conventionnelle puisqu'il est fondé sur l'interprétation de la volonté tacite des parties.

On invoque en dernier lieu le droit d'insistance reconnu

1. D'un autre côté, la prescription ne court pas non plus contre l'engagiste qui possède, *quia pignori inhæret...* Cl. Serres, *op. cit.* l. III, tit. 45, § 4, 8^e al.

à la femme mariée dans les pays de droit écrit. Là encore on se trouve en présence d'un texte formel et, de plus, nous nous sommes déjà refusés à voir là un simple droit de rétention.

Comme deuxième ordre d'argumentation, on déclare que les écrits des jurisconsultes n'admettent pas la généralité du droit de rétention.

Ainsi Vœt (précisément dans le passage que nous avons donné en faveur de notre opinion), parle bien de connexité, mais il dit simplement que, le plus souvent, cette condition se rencontrera, mais non qu'elle est nécessaire. D'ailleurs Doneau ne dit-il pas : « *Retentio tribuitur reo certis tantum in causis* », et ne tente-t-il pas ensuite de donner une énumération de ces cas (Doneau t. VI, p. 854, § 8).

Nous avons déjà dit ce qu'il fallait penser de la phrase de Vœt. Quant à Doneau, son énumération n'est pas complète et on peut très bien admettre qu'il veut simplement dire qu'il y a des cas où la rétention est formellement reconnue par des textes, et que c'est de ces cas qu'il essaie de donner une énumération.

Vœt dit encore : « *Pluribus autem in causis retentio usum invenit* » et plus loin, précisant ces cas, il ajoute : « *jus retentionis a lege vel consuetudine datum est* » et ailleurs « *Leges... retentionem tribuunt* » (1).

Comme le fait très justement observer M. Pret, il suffit

1. *Ad Pandectas. De compensatione*, § 20. — *De pign. et hyp.*, § 4 *in fine*.

de se reporter aux commentaires d'où ces citations sont extraites pour voir qu'elles n'ont point la portée qu'on leur attribue (1) : « *Nec dubium quin illi quibus jus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos, tum ad successores particulares.... transmittunt.* » Le jurisconsulte ne fait là aucune allusion à une indication limitative des sources de la rétention ; il se borne à dire que le droit de rétention accordé par application de la loi ou de la coutume est transmissible et cessible.

De même pour l'autre citation, voici le membre de phrase complet : « ... *tum quia leges bonæ fidei tantum retentionem tribuunt rei possessæ donec meliorationis impensæ restitutæ fuerint...* » Vœt s'occupe simplement ici du droit du possesseur de bonne foi et il décide, contrairement d'ailleurs à ce qu'admettaient les auteurs des pays de droit coutumier, que la loi ne lui accorde que la rétention. Ce passage n'a donc rien à voir avec la question de l'étendue du droit de rétention.

Ce système a été repris par M. Olier (2), mais avec des arguments nouveaux. La rétention a, d'après cet auteur, complètement changé de caractère ; à Rome, elle était fondée sur l'équité, elle est devenue dans l'ancien droit une faveur exorbitante. Elle est devenue ainsi une anomalie pour deux motifs : parce qu'elle coexiste avec

1. M. Pret. *Du droit de rétention*, p. 201.

2. M. Olier. *Des cas d'application de la rétention légale*, p. 102.

l'action et parce qu'elle est opposable à tous, de là vient la différence de langage entre nos anciens jurisconsultes et les jurisconsultes romains, les premiers emploient l'expression *jus retentionis* tandis que jamais dans les textes romains la rétention n'est qualifiée de *jus*. Cette différence saisissante d'expression n'est que le reflet d'une différence quant au fond. Sans doute, les causes de cette transformation restent dissimulées, car l'influence du droit romain était très forte en cette matière, de sorte que jamais le langage des auteurs ne fut en parfaite harmonie avec les faits. Toutefois, certains ont entrevu cette idée de faveur exorbitante et notamment Ferrière sur l'article 174 de la *Coutume de Paris*, dit que si on a accordé la rétention aux hôteliers, c'est « afin qu'ils ne soient pas obligés d'aller plaider par devant le juge du domicile de leur débiteur (1). C'est aussi parce que la rétention était une faveur exorbitante qu'elle a entraîné tant d'abus et que les ordonnances ont dû en limiter le champ d'application.

Un changement aussi profond dans la nature d'une institution devait réfléchir sur son étendue, et c'est pourquoi nos anciens auteurs ont adopté le système restrictif.

Nous ne pouvons adopter ni la manière de voir, ni la conclusion de M. Olier. Sans doute, la théorie de la rétention a subi des modifications importantes en passant

1. M. Olier cite encore un passage de Bourjon, mais il nous a été impossible, en nous y reportant de le découvrir.

dans notre ancien droit ; le créancier a toujours une action personnelle en remboursement à côté du droit de rétention et ce droit est devenu opposable à tous. Mais il ne faut voir dans cette transformation que le développement normal de cette institution. Déjà à Rome, dans un certain nombre d'hypothèses, l'action personnelle était venue prendre place à côté de la rétention, et si la rétention était personnelle, cela tenait uniquement aux règles de la procédure. Jamais nos anciens auteurs ne l'ont considérée comme une faveur exorbitante et que l'on dût par suite restreindre à un petit nombre de cas ; ils l'ont toujours envisagée comme une application du principe d'équité que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, et c'est en parlant de ce principe qu'ils l'ont accordée d'une manière générale comme le démontrent surabondamment les textes que nous avons cités. Quant à Ferrière, il ne parle que d'un motif accessoire du droit conféré aux hôteliers et, de plus, il s'agit là d'un véritable privilège et non d'un simple droit de rétention. Sans doute, l'exercice de la rétention avait amené des abus, mais cela tenait à l'organisation judiciaire de l'ancien régime et aussi au manque de réglementation, les ordonnances tentèrent de remédier à ce dernier défaut, mais elles n'ont pas cherché à restreindre l'étendue de la rétention.

Nous concluons donc à la généralité du droit de rétention dans notre ancien droit.

Deux autres systèmes ont été soutenus sur la même

question : « D'après M. Pret il faut une connexité spéciale d'une nature toute particulière des plus énergiques le fait que le débiteur a confondu avec la chose qu'il a entre les mains une fraction de son patrimoine ou bien que la chose soit son œuvre ». Nous ne tenterons pas de réfuter ce système d'ailleurs isolé et que nous avouons ne pas très bien saisir.

Pour M. Romniceano (1) il faut, à Rome, distinguer la rétention légale : cas d'application formellement prévus par des textes et s'imposant aux juges et la rétention judiciaire qui consiste en ce que, en dehors des cas légaux, le juge reste maître d'admettre ou de refuser la rétention en se guidant uniquement sur l'équité. Bornons-nous à dire qu'il serait bien étonnant qu'il n'y eût pas dans les écrits des auteurs de l'époque des allusions à un pouvoir si considérable accordé à des juges.

Principaux cas d'application.

Nous avons déjà eu l'occasion, chemin faisant, de nous occuper d'un certain nombre de cas d'application du droit de rétention ; nous nous bornerons à les rappeler ici et nous en signalerons quelques autres parmi les plus usuels.

Ont notamment la rétention :

1. Le possesseur de bonne foi, actionné en revendication, pour ses impenses nécessaires et la plus-value de ses impenses utiles.

1. *Op. cit.*, p. 116.

2. Le possesseur de mauvaise foi, pour ses impenses nécessaires seulement, du moins dans l'opinion la plus généralement admise.

3. L'acquéreur soumis au retrait, pour le remboursement du prix principal, liquide ou non, et des loyaux coûts et impenses nécessaires liquides, pour le remboursement des loyaux coûts et impenses nécessaires non liquides sauf, d'après certains auteurs, la possibilité pour le retrayant de paralyser son droit de rétention par l'offre d'une caution. Pothier, dans ce dernier cas, lui refuse la rétention et lui accorde un privilège.

4. Le tiers détenteur actionné hypothécairement pour ses impenses nécessaires et utiles d'après Basnage et Soulaitges. Pothier lui accorde au lieu de la rétention un privilège, avec le droit d'exiger en outre une caution dans certains cas.

5. Le créancier gagiste, 1^o pour les créances non expressément garanties par le gage (rescrit de Gordien) V. Pothier, *Nantissement* n^o 47. 2^o Pour les impenses nécessaires faites sur la chose, objet de son droit de gage. V. Pothier, *Du Nantissement* n^o 64.

6. Le locataire : 1^o pour les impenses nécessaires faites sur la chose louée avec l'assentiment du propriétaire ou l'autorisation de justice ; 2^o pour ses dommages-intérêts au cas d'expulsion par le nouvel acquéreur.

7. Les mandataires : pour les déboursés qu'ils ont pour leur gestion. V. Legrand sur Troyes, art. 202, gloss. 1, n^o 16. Pothier, *Traité du mandat*, n^o 59 in fine.

8. Les procureurs pour les frais faits sur les pièces et titres.

9. L'emprunteur à usage pour ses impenses nécessaires. V. Pothier, *Du prêt à usage* n° 43.

10. Le dépositaire pour ses impenses nécessaires. V. Pothier *du Dépôt* n° 59, 3°.

11. L'acheteur à reméré. V. Pothier *de la Vente*, n°s 424-430.

Appendice. — Législation intermédiaire.

La législation intermédiaire n'a apporté aucune modification à la théorie de la rétention légale ; elle a simplement reconnu d'une manière formelle trois cas d'application.

1° L'article 25 du décret des 22 novembre, 1^{er} décembre 1790 relatif aux domaines nationaux est ainsi conçu :

« Aucun détenteur de biens domaniaux sujets à rachat ne peut être dépossédé sans avoir préalablement reçu ou été mis en demeure de recevoir sa finance principale avec ses accessoires. »

2° L'article 21 du décret des 30 mai, 7 juin et 6 août 1791 relatif au bail à domaine congéable et qui est toujours en vigueur dispose que : « Le domanier ne pourra être expulsé que préalablement il n'ait été remboursé. »

3° L'article 1 du décret des 28 septembre, 6 octobre 1791 sur l'expropriation porte que :

« Le territoire de la France, dans toute son étendue,

est libre comme les personnes qui l'habitent ; ainsi toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers, qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi ; et envers la nation qu'aux contributions publiques établies par le Corps législatif, et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

DEUXIÈME PARTIE GÉNÉRALE

DROIT ACTUEL

Deux sections : 1^o Dispositions expresses de notre législation concernant le droit de rétention ; 2^o Théorie du droit de rétention

Première section. — Dispositions expresses de notre législation concernant le droit de rétention

Pas plus que dans le droit romain ni dans notre ancien droit, on ne trouve dans notre législation actuelle de théorie d'ensemble du droit de rétention : on ne rencontre sur cette matière que des dispositions isolées dans le Code civil, le Code de commerce et quelques lois particulières. Nous allons examiner les articles du Code civil et du Code de commerce contenant ces dispositions.

1^o *Code civil.* — A. Art. 545. — « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

Cet article ne fait que reproduire ce qu'avaient déjà

décidé les constitutions du 3 septembre 1791, du 24 janvier 1794, du 5 fructidor an III, en substituant toutefois les mots *utilité publique* à ceux de *nécessité publique*. Le même principe se trouve dans les chartes de 1814, art. 10, de 1830, art. 9, dans l'avis du Conseil d'Etat du 18 août 1807 et dans les lois du 16 septembre 1807, du 8 mars 1810, des 17-25 juillet 1819, du 7 juillet 1833, du 3 mai 1841, du 27 juillet 1870 et du 30 mars 1887.

Le droit de propriété étant absolu, le propriétaire ne peut pas être obligé de se dessaisir de la chose. Cependant on a admis qu'il devait céder devant l'intérêt général, mais pour sauvegarder ses droits, « les indemnités réglées par le jury seront préalablement à la prise de possession acquittées entre les mains des ayants droit (1) ».

Cette obligation du paiement préalable souffre exception :

1° En cas d'urgence déclarée ou devant une nécessité impérieuse, comme au cas de travaux de siège, de fortifications, au cas d'état de siège ou de calamité publique, incendie, inondation (L. 8 juillet 1791, art. 35 et 38 ;

1. Art. 53 de la loi du 3 mai 1841. — Le jugement d'expropriation attribue à l'expropriant la propriété libre et franche de tous droits et met à sa charge l'obligation de payer une indemnité égale à la valeur de l'immeuble exproprié. Les risques de la chose passent donc à l'expropriant, et si l'immeuble vient à périr, il n'en doit pas moins l'indemnité. Le droit du propriétaire par suite du jugement d'expropriation devient un droit mobilier, mais le propriétaire conserve la détention de l'immeuble tant qu'il n'est pas payé.

décret 24 décembre 1814, art. 52, 92, 95, avis du Cons. d'Etat 7 août 1835. — L. 30 mars 1835 ; l. 3 mai 1841, art. 65, 74, 76).

2° En vertu de la loi du 21 avril 1810 sur les concessions de mines, le propriétaire du sol où se trouve une mine, lorsque l'exploitation ne lui a pas été concédée, a simplement droit à une redevance de la part du concessionnaire de la mine (1).

3° Au cas d'occupation temporaire des terrains nécessaires à l'exécution des travaux publics civils ou militaires, le propriétaire doit subir les fouilles pour l'extraction des matériaux, les dépôts ou enlèvements de terre, etc... et il reçoit une indemnité qui n'est versée qu'à la fin de l'occupation si celle-ci dure moins d'un an ou chaque année si elle dure davantage (LL. 28 septembre, 6 octobre 1791, 28 pluviôse an VIII, art. 4, 16 septembre 1807, art. 55, 21 mai 1836, art. 17, 29 décembre 1892, art. 3 et 10 ; décr. 8 février 1862, règlements particuliers antérieurs à 1784 du 7 septembre 1755, 20 mars 1780 (2)).

1. Cette redevance est fixée par le gouvernement dans l'acte de concession, non par le jury.

2. La servitude d'occupation temporaire s'applique à tous les terrains, sauf à ceux qui sont une dépendance de l'habitation et sont clos de murs ou de clôtures équivalentes (arr. de 1780). D'après l'arr. de 1755 tous terrains enclos de murs ou de clôtures équivalentes, même non dépendant de l'habitation, étaient exempts de la servitude; de sorte qu'en des régions comme la Basse-Normandie celle-ci ne pouvait s'exercer. Ce n'est qu'une servitude d'utilité publique rentrant dans celles de l'art. 650 C. civ. mais elle entraîne une véritable expropriation temporaire.

B. *Art. 570*, autorisant le spécificateur, c'est-à-dire celui qui a formé une nouvelle chose d'une matière qui ne lui appartenait pas à conserver la chose jusqu'à ce que la main-d'œuvre lui ait été remboursée. Ce qui prouve que le spécificateur n'est pas propriétaire de l'objet nouveau même au cas où on ne pourrait lui rendre sa forme primitive ; la matière l'emporte sur l'industrie (1).

Toutefois, au cas où la main-d'œuvre surpasse de beaucoup le prix de la matière, c'est le spécificateur qui garde la chose en remboursant le prix de la matière (art. 571, C. civ.).

C. *Rétention du cohéritier obligé au rapport en nature*. — Le cohéritier qui a reçu un immeuble en avancement d'hoirie en doit le rapport en nature à ses cohéritiers : mais s'il a fait sur cet immeuble des impenses nécessaires, il a droit au remboursement intégral des sommes dépensées, même si elles n'ont en rien profité à l'immeuble, et s'il a fait des impenses utiles, il a droit au remboursement de la plus-value calculée au moment du partage (art. 861) (2). Aux termes de l'art. 867, il peut retenir la possession de cet immeuble jusqu'à ce qu'il soit désintéressé. Quant aux dépenses voluptuaires et à celles d'entretien, il n'a droit à aucun remboursement.

1. C'était l'opinion des Sabinieniens, l. 7, § 7, *Dig. de acq. rer. dom.* XLI, I.

2. En ce sens Demolombe, t. IV, XVI n° 502. Aubry et Rau, t. V, n° 634. — Au moment de l'ouverture de la succession : Marcadé t. III, n° 357, Demante t. III, n° 197 *bis*, M. Glasson, du droit de rétention, p. 413.

Nous avons reconnu l'origine de notre art. 867 dans les art. 305 de la coutume de Paris et 306 de la coutume d'Orléans. Mais il y a deux différences à signaler entre ces deux ordres de dispositions. D'après les coutumes, le cohéritier n'avait pas d'action en remboursement pour les impenses nécessaires et utiles : la rétention était la seule arme dont il disposât ; si ses cohéritiers ne voulaient pas le rembourser, il ne faisait le rapport qu'en moins prenant et ne rapportait ainsi que l'estimation de l'immeuble, déduction faite des impenses. Aujourd'hui au contraire, d'une part le cohéritier a une action en remboursement contre ses cohéritiers, et d'autre part, il ne lui est plus loisible de retenir l'immeuble en en faisant le rapport en moins prenant ; s'il tient encore l'immeuble, ce n'est plus à titre de propriétaire, mais c'est simplement comme rétenteur pour la garantie du remboursement qui lui est dû. La conséquence est que l'héritier qui fait le rapport ne fait plus les fruits siens à partir de l'ouverture de la succession, mais, par analogie avec la situation du créancier antichrésiste en vertu de l'art. 2085 du Code civil, il les imputera d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital de sa créance. Dans un autre système on prétend que le donataire fait les fruits siens en vertu de la disposition spéciale qui légitime sa possession et que les cohéritiers n'ont pas à se plaindre de cet état de choses, parce qu'ils ne peuvent attribuer qu'à eux-mêmes le retard de leur cohéritier. Cette opinion

confond à tort les effets de la possession avec ceux de la simple détention.

D. *Droit de rétention du vendeur.* — Art. 1612 : « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement ». Art. 1613 : « Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance quand même il aurait accordé un délai pour le paiement si depuis la vente l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer à terme ».

En vertu de l'art. 1612, tant que le prix n'est pas payé, le vendeur peut se refuser à la délivrance de la chose vendue : c'est à l'acheteur à s'exécuter le premier, car sans cela le vendeur pourrait se trouver, dans une situation dangereuse et courir le risque de concourir sur le prix de la chose avec les autres créanciers chirographaires. L'acheteur, lui, ne court aucun risque, car il est propriétaire de la chose et pourrait la revendiquer à l'encontre de tous.

Le vendeur n'a le droit de rétention qu'en cas de vente au comptant. A-t-il consenti un terme ? Il a suivi la foi de son débiteur et la voie de la rétention lui est fermée : il ne peut plus en effet refuser la délivrance en se fondant sur ce que l'acheteur ne paie pas le prix. Mais le texte de l'art. 1612 et le motif que nous venons de donner pour lui refuser dans ce cas la rétention, montrent

bien que le terme de grâce laisse intact le droit de rétention du vendeur (1).

Le vendeur peut exercer la rétention, même au cas où il a accordé un délai pour le paiement du prix, quand l'acheteur tombe en déconfiture ou en faillite *après la vente*. Il ressort de ces derniers mots que si l'acheteur était en déconfiture ou en faillite lors de la vente, il ne serait pas déchu du bénéfice du terme. Toutefois nous déciderions que la solution de l'art. 1613 resterait applicable même dans ce dernier cas si le vendeur a eu juste sujet d'ignorer l'insolvabilité de l'acheteur et *a fortiori* s'il avait été victime d'un dol à cet égard.

Il faudrait également décider que le vendeur malgré le terme accordé pourrait user du droit de rétention si l'acheteur diminuait par son fait les sûretés données au contrat et qui avaient décidé le vendeur à accorder un terme (art. 1188).

Le vendeur de meubles ou d'immeubles a deux autres garanties : il peut demander la résolution de la vente pour défaut de paiement et il a un privilège sur le prix de la chose vendue.

Une quatrième garantie est accordée au vendeur de meubles ; c'est la revendication, et cette garantie, ainsi que nous allons le démontrer, se rattache au droit de rétention.

L'utilité de cette garantie est d'empêcher la vente de la chose vendue : or ni le privilège ni la résolution ne

1. Dal. 1875. 4. 471.

seraient plus possibles si la chose vendue était sortie des mains de l'acheteur. Le vendeur use de cette garantie par la voie de la saisie-revendication (art. 826, C. proc. civ.) Quatre conditions sont requises pour pouvoir l'exercer : il faut en premier lieu qu'il s'agisse d'une vente au comptant : le vendeur n'a le droit de revendication que dans le cas où il aurait eu avant la délivrance le droit de rétention ; il faut que l'on soit dans les huit jours de la livraison effectuée ; que de plus la chose soit toujours dans les mains de l'acheteur et qu'enfin elle se trouve dans le même état (art. 2102, 4^e 2^e al.)

Quelle est la nature de cette revendication et quels en sont les effets ?

Il y a en droit trois sortes de revendications : la première est l'exercice même de l'action qui garantit le droit de propriété. Ce ne peut être de celle-ci que parle l'art. 2102, puisque le vendeur n'est plus propriétaire. D'autres fois, par extension, on désigne sous le nom de revendication l'action par laquelle une personne munie d'un droit réel recherche une chose entre les mains d'une autre personne : c'est l'exercice du droit de suite, et ce n'est pas non plus de cette revendication qu'il peut être ici question puisque le vendeur perd son droit dès que la chose est sortie des mains de l'acheteur, le texte est sur ce point formel. D'autres fois encore (Code de comm. art. 576 à 579) on parle d'une troisième sorte de revendication en vertu de laquelle le vendeur qui a expédié des marchandises au failli peut les reprendre « tant que

la tradition n'en aura pas été faite dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli » (art. 576, C. com.) Ce n'est pas encore là la revendication au sens de l'art. 2102, qui suppose au contraire que la livraison a été faite, puisqu'il accorde ce droit dans la huitaine de la livraison.

Si donc l'art. 2102 crée une revendication, c'est une revendication *sui generis*, et c'est ainsi qu'on l'envisage dans la pratique, où l'on n'y voit qu'une forme particulière et plus simple de l'action résolutoire du vendeur : celle-ci en effet, qui peut s'exercer pendant 30 ans, doit être poursuivie par voie judiciaire, la condition résolutoire tacite n'opérant pas de plein droit. Le vendeur de meubles au contraire peut, si les quatre conditions sont réunies, opérer la résolution d'une manière infiniment plus expéditive grâce à la saisie-revendication (1).

Mais cette solution soulève deux objections. Dès que le vendeur de meubles opère par la saisie-revendication, la vente tombe de plein droit ; l'acheteur ne peut donc plus payer pour avoir la chose ni le vendeur exiger le paiement : or le vendeur peut tenir au maintien de la vente et il a le droit d'en réaliser le profit. De plus cette résolution qui met obstacle à ce que les parties remplissent leurs obligations est contraire aux art. 1654 et 1184 C. civ. En second lieu, pourquoi, si c'est une résolution, la saisie-revendication ne s'applique-t-elle pas aux ventes à terme ?

1. S. 583, II, 478 et D. 89, II, 463, Paris.

Aussi adopterons-nous un autre système qui décide que si cette revendication n'est autorisée que dans les ventes sans terme, c'est qu'elle se rattache au droit de rétention. Grâce à la saisie-revendication, le vendeur de meubles pourra reprendre la chose vendue comme garantie du paiement du prix de la vente. Cette interprétation nous paraît plus en harmonie avec la tradition et avec le droit commun. Avec la tradition : en effet nous trouvons dans l'art. 194 de la Coutume de Paris que « qui vend une chose mobilière sans jour et sans terme espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre en quelque lieu qu'elle soit transportée pour estre payé du prix qu'il l'a vendue ». Dumoulin dans son commentaiee dit sur ces derniers mots « et pour la recouvrer et en demeurer saisi jusqu'à ce qu'il soit payé. » Brodeau et Ferrière font la même observation sur l'art. 176 de la nouvelle coutume (1). Donc cette revendication à l'effet de reprendre la chose pour user de rétention sur elle existait déjà dans notre ancien droit et il est très naturel de supposer que les auteurs du Code ont entendu adopter la même théorie. Le vendeur pourra ainsi reconstituer son droit de rétention dans le cas où il l'avait avant la délivrance. Dans cette interprétation la vente subsistera, ce qui concorde

1. Voici le texte de l'art. 176 de la coutume de Paris à la deuxième rédaction : « Qui vend aucune chose mobilière sans jour et sans terme espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre en quelque lieu-qu'elle soit transportée pour estre payé du prix qu'il l'a vendue ».

mieux avec le droit commun qui n'admet pas les résolutions tacites. Ce système du reste dans son ensemble se concilie mieux avec les solutions de l'art. 576, C. com.

Une dernière question se pose : combien de temps durera cette situation incertaine pendant laquelle le vendeur aura repris sa chose et l'acheteur ne paiera pas le prix ? Il faut répondre que l'on sera exactement placé dans la même situation que lorsque le vendeur use simplement de son droit de rétention.

E. *Droit de rétention du coéchangeiste.* — Les règles de la vente s'appliquent à l'échange (art. 1707) : la rétention du vendeur appartient aussi au coéchangeiste dans le cas où l'autre partie refusant de délivrer l'objet qu'elle s'est engagée à livrer, veut le contraindre néanmoins à délivrer l'objet qu'il doit donner en échange.

F. *Droit de rétention de l'acheteur à réméré* (art. 1673). — La faculté de rachat ou de réméré est une convention par laquelle le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue moyennant le remboursement : 1^o du prix de vente ; 2^o des « frais et loyaux coûts de la vente » ; des réparations nécessaires et de celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation ». Le remboursement doit être préalable ; tant qu'il n'est pas opéré, la condition résolutoire n'est pas accomplie et la propriété demeure à l'acheteur. Mais alors, peut-on dire, il n'y a pas là un cas de réten-

tion légale, l'acheteur gardant sa chose comme propriétaire. Cette objection n'est qu'apparente : la condition résolutoire sera accomplie seulement quand le prix et tout ce qui est liquide sera payé. Mais cette condition une fois remplie, le droit de l'acheteur sera résolu et le vendeur redeviendra propriétaire. Toutefois, tant que la liquidation des autres frais qui restent dus n'aura pas été terminée et que finalement l'acheteur n'aura pas été intégralement payé, il aura le droit de retenir la chose par devers lui ; jusque-là, comme le dit notre article, le vendeur ne peut entrer en possession. Cette disposition de notre Code est très rationnelle et elle concilie à la fois les intérêts des deux parties. On n'a pas voulu que le vendeur pût perdre son droit par l'effet des longueurs inhérentes aux liquidations ; on n'a pas voulu en sens inverse que l'acheteur fût privé de la chose avant d'être complètement indemnisé des suites de la convention.

G. *Droit de rétention du fermier ou locataire* : (art. 1749). — « Les fermiers ou locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages-intérêts ci-dessus stipulés ».

Lorsque le bail a date certaine, la vente de la chose louée ne peut en principe porter atteinte au droit du fermier ou locataire. Mais il se peut que dans le bail le propriétaire se soit réservé expressément le droit d'expulser le locataire ou fermier (art. 1743). Celui-ci a alors droit à des dommages-intérêts ; s'ils ont été fixés par

convention, pas de difficulté, on appliquera celle-ci. A défaut de convention la loi établit ces dommages-intérêts (art. 1745-1747) de la manière suivante : 1^o pour le bail à loyer elle les fixe à une somme égale au prix du loyer pendant le temps qui est accordé d'après l'usage des lieux entre le congé et la sortie ; 2^o pour le bail à ferme, l'indemnité est du tiers du prix du bail pour le temps qui reste à courir ; 3^o S'il s'agit d'une usine ou manufacture, une expertise détermine le montant de l'indemnité.

Pour se faire payer cette indemnité, le preneur a deux moyens : une action personnelle en dommages-intérêts contre le bailleur et le droit de rétention sur la chose louée jusqu'à ce qu'il soit désintéressé soit par le bailleur soit par le nouvel acquéreur.

Ce droit de rétention porte-t-il aussi sur l'indemnité qui lui serait due à raison de la plus-value qu'il aurait donnée à l'immeuble loué ? On distingue suivant que les travaux par lui effectués l'ont été en vertu d'une clause du bail portant qu'il sera indemnisé à la fin de sa jouissance ou suivant qu'ils ont été faits en dehors de toute stipulation. Au premier cas on lui accorde la rétention ; au second on décide qu'il doit être considéré comme un possesseur de mauvaise foi, et dès lors le bailleur et *a fortiori* le nouvel acquéreur pourront le contraindre à démolir et à remettre les choses en l'état primitif ou bien ils pourront déclarer vouloir conserver les constructions ou plantations à la charge de payer le prix des matériaux

et de la main-d'œuvre, et dans cette hypothèse la question de savoir si le preneur a le droit de rétention est subordonnée à celle de savoir si le possesseur de mauvaise foi y a droit lui-même dans la même hypothèse, ce que nous examinerons plus tard.

H. *Droit de rétention du dépositaire.* — L'art. 1948 accorde le droit de rétention au dépositaire pour toutes dépenses à lui dues à l'occasion du dépôt.

Quelles sont donc les obligations auxquelles le déposant est tenu à l'égard du dépositaire ? D'après l'art. 1947, le déposant est tenu : 1^o au remboursement de toutes les dépenses que le dépositaire a dû faire pour la conservation ou pour la restitution de la chose, y compris les dépenses d'entretien, car le dépositaire ne jouit pas de la chose ; 2^o au paiement du dommage que le dépôt peut avoir occasionné au dépositaire, par exemple par suite de vices cachés.

Mais le dépositaire a-t-il la rétention pour les dépenses utiles, les dépenses d'amélioration ? La question est controversée. Certains auteurs (Glasson, p. 122, Laurent, t. XXVIII n^o 128 (1) lui refusent tout droit en disant que le dépositaire n'a pas reçu mission d'améliorer l'objet de dépôt, qu'en le faisant il a excédé son mandat et que cette dépense doit demeurer à sa charge. Nous préférons l'opinion contraire qui accorde la rétention au dépositaire jusqu'à concurrence de la plus-value conférée à l'objet. Cette solution en effet est plus conforme au prin-

1. V. ég. Dalloz, *Rép.* v^o rétentions, n^o 44. Paris, 14 avril 1892 Dal. 1893, 2, 228.

cipe général d'après lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et au texte de l'art. 1948 qui accorde la rétention pour tout ce qui est dû à l'occasion du dépôt ; or les créances nées à raison de dépenses utiles faites sur l'objet déposé sont nées du dépôt (Mourlon, *ex. critique*, n° 226. Pont; *Petits contrats*. I, n° 508. Cabrye, n° 412) (1).

Ajoutons en terminant sur ce point que le dépositaire a encore comme garantie, mais seulement pour les dépenses nécessaires, un privilège conféré par l'art. 2202.

I. *Droit de rétention du créancier gagiste*. — Il ne s'agit pas ici bien entendu du droit de rétention que le contrat de gage confère au créancier gagiste en garantie du remboursement de la créance pour laquelle le gage a été constitué. Il s'agit du droit de rétention conféré à ce même créancier en vertu de l'art. 208 2 al. 2 C. civ. ainsi conçu : « S'il existait de la part du même débiteur envers le même créancier une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde ».

Ce texte exige la réunion de plusieurs conditions pour l'existence du droit de rétention : il faut que la dette pour

1. Quant aux dépenses voluptuaires, le dépositaire, n'a, cela va de soi, que le *jus tollendi*.

laquelle aucun gage n'a été stipulé ait été contracté postérieurement à la constitution du gage ; il faut en second lieu que la deuxième dette soit devenue exigible avant le paiement de la première ; il faut enfin que la nouvelle dette ait été contractée par le même débiteur envers le même créancier.

On a soutenu qu'il n'y avait pas là un simple droit de rétention, mais bien un droit de gage avec toutes les prérogatives qui y sont attachées. On a invoqué à l'appui de cette opinion les travaux préparatoires et notamment les paroles du tribun Gary devant le Corps Législatif : « Observons, disait ce tribun, qu'il s'agit ici d'une dette contractée postérieurement à la mise en gage pour sûreté de la première. En exigeant ce gage le créancier a montré qu'il ne se confiait pas à la personne du débiteur et, la sûreté qu'il a prise une fois, il est censé l'avoir conservée pour la garantie de sa seconde créance. » Qu'est-ce à dire, a-t-on déclaré, sinon que la sûreté, conservée pour la garantie de la seconde créance est précisément la sûreté même qui a été prise pour la première ? Et on s'est appuyé encore sur les paroles de Berlier dans son exposé des motifs pour le titre du nantissement : « Le créancier a déjà pris un gage pour une première dette qui devra être acquittée ou après la seconde ou en même temps qu'elle : il a indubitablement considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre de l'une et de l'autre dette » (1). Comme on le voit, a-t-on

1. Loqué, t. VIII, p. 99 et 103.

dit, l'art. 2082 est fondé sur cette considération que le créancier gagiste qui contracte une deuxième dette avant le paiement de la première a entendu que le gage garantit la seconde dette comme il garantit la première: c'est donc un véritable gage que l'art. 2082 confère au créancier. On a ajouté un argument tiré du texte de l'article 2082 qui dit *in fine* « lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde. » C'est, d'après les partisans de ce système, cette affectation expresse que la loi a voulu suppléer, cette stipulation de gage qu'elle a sous-entendue (Mourlon, Ex-critique, n. 22 — Pont, Petits contrats, n. 1198 et 1199).

Nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'il faut rejeter cette interprétation et décider que l'art. 2082 2^e ne confère au créancier qu'un simple droit de rétention, Cet article déclare en effet que le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette: il n'y a là qu'un simple droit de rétention. L'article 2082 comprend une règle et une exception: la règle est que le créancier gagiste peut retenir la chose, objet du gage, jusqu'au complet paiement de la dette qu'elle garantit. L'exception est que, sous certaines conditions énumérées par le texte, il pourra le retenir jusqu'au paiement d'une autre dette: la règle parle de rétention, l'exception également. La loi exige dans l'article 2074 pour la constitution du privilège du créancier gagiste la rédaction d'un acte public

ou d'un acte sous-seing privé dûment enregistré indiquant le montant de la somme due, afin que les tiers soient avertis de l'existence et de l'étendue du privilège. Comment admettre qu'après avoir imposé ces formalités pour l'établissement du gage conventionnel, elle n'en exige aucune pour établir un gage tacite ? Quant aux travaux préparatoires, outre que le sens est loin d'être certain, on pourrait aussi bien les invoquer en faveur de notre système. De même il n'y a rien à tirer contre notre solution des derniers mots de l'art. 2082 : le mot gage en effet y est pris dans le sens de chose engagée. Enfin notre solution est plus conforme à l'origine historique de l'art. 2082, 2° qui a sa source dans le rescrit de Gordien, dont la disposition ne conférait bien certainement au créancier gagiste qu'un simple droit de rétention (Troplong, Nantissement, n. 465, Cabrye, p. 410. — Colmet de Santerre t. VIII, n. 313. — Laurent, t. XVIII, n. 508. — M. Bufnoir à son cours).

Remarquons d'ailleurs que c'est ici plutôt un cas de rétention conventionnelle qu'un cas de rétention légale, ment car si le droit de rétention se trouve accordé expressément par un article du Code, ce n'est que par interprétation de la volonté des parties.

K. *Droit de rétention de l'acheteur d'un objet mobilier volé ou perdu.* — L'art. 2279 pose en principe qu'il n'y a pas de revendication pour les meubles. Mais il autorise par exception le propriétaire à revendiquer sa chose en cas de perte ou de vol même entre les mains

d'un tiers acquéreur de bonne foi, sans indemnité, et ce pendant trois ans. Toutefois, si l'acquéreur a acheté l'objet mobilier dans une foire ou un marché, on ne peut lui imputer à faute de ne pas s'être enquis de la moralité du vendeur : le propriétaire pourra bien encore revendi-quer contre lui, mais il ne pourra reprendre sa chose qu'en remboursant le prix qu'elle aura coûté.

Nous avons ainsi passé en revue les articles du Code civil qui accordent expressément le droit de rétention. Faut-il voir dans l'art. 1885 du même Code une disposition le refusant d'une manière formelle au commodataire ? On l'a soutenu, à tort selon nous, car nous croyons cet article tout à fait étranger à la matière du droit de rétention : et ce qui le prouve, c'est la place qu'il occupe dans la section consacrée aux obligations du commodataire, au lieu que s'il avait trait à la rétention, il devrait se trouver dans la section traitant des engagements du commodant, à la suite de l'art. 1890 qui décide que le commodant doit rembourser le commodataire obligé à des dépenses nécessaires et urgentes pendant la durée du prêt. D'ailleurs Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code civil accorde formellement la rétention à l'emprunteur dans ce cas (Prêt à usage n. 43). Notre article a trait à la compensation et ne fait que répéter l'al. 2 de l'art. 1293, qui contient déjà cette prohibition qu'il était d'ailleurs inutile d'exprimer, puisque la compensation ne peut avoir lieu qu'entre deux dettes ayant pour objet des choses fongibles de la même espèce,

c'est-à-dire des choses qui peuvent être absolument remplacées par d'autres : les dettes de corps certains ne sont pas susceptibles de compensation. Or, dans le prêt à usage, la dette de l'emprunteur a toujours pour objet un corps certain, une chose non susceptible d'être remplacée par une autre, puisque cette chose-là même doit être rendue quia été prêtée. Ce qui explique que les auteurs du Code civil aient écrit l'art. 1293, 2^o et l'art. 1885, c'est qu'ils en ont trouvé les éléments et jusqu'à l'expression dans ce passage de Pothier (Prêt à usage, n. 44) : « Il n'en est pas de même de ce que le prêteur me doit pour quelque autre cause que ce soit : je ne puis pas retenir pour ce qu'il me doit la chose qu'il m'a prêtée ni me dispenser de la rendre aussitôt que je m'en suis servi à l'usage pour lequel il me l'a prêtée. C'est ce que décident Dioclétien et Maximin : « *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* » (L. fin. Code *commodati*). La raison est que, suivant les principes que nous avons établis en notre Traité des obligations n. 530 sur la matière de la compensation, on ne peut opposer la compensation contre la dette d'un corps certain telle qu'est la dette de la restitution de la chose prêtée. »

2^o Code de commerce. — A. — *Droit de rétention du capitaine* (art. 306). — « Le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire, faute de paiement de son fret ; il peut dans le temps de la décharge, demander le dépôt en mains tierces jusqu'au paiement de son fret ».

Une première opinion a vu dans cet article un refus du droit de rétention dans tous les cas au capitaine sur les marchandises (Cabrye, pp. 111, 112. Glasson, p. 160).

Nous préférons nous rallier à l'opinion contraire, qui décide que cet article défend simplement au capitaine de garder les marchandises dans le navire même, à cause des risques qu'elles y courent, et à raison de l'impossibilité où l'on est de s'assurer de l'état des marchandises avant le débarquement, mais lui permet, s'il a des doutes sur la solvabilité du destinataire, de retenir les choses une fois débarquées par l'intermédiaire d'un tiers dépositaire, qui sera en pratique un magasin général. L'étude de l'ancien droit nous montre que tel est le sens de notre art. 306. Le Consulat de la mer permettait au patron du navire de « retenir toutes marchandises et de ne pas les laisser décharger. » L'ordonnance sur la marine de 1681, liv. III, tit. 3, art. 23, modifia cet état de choses ; le maître du navire ne put plus « retenir la marchandise dans son vaisseau, faute de paiement du frêt, » à cause, nous dit Valin, « que les marchandises pourraient être avariées par suite d'accidents résultant de fortune de mer. » Mais il pouvait « dans le temps de la décharge s'opposer au transport ou la faire saisir même dans les allèges ou gabarres. » Les travaux préparatoires de l'art. 306 nous montrent qu'il a été rédigé dans le même esprit.

B. Droit de rétention du vendeur. — Art. 577. —
« Pourront être retenues par le vendeur, les marchan-

disés par lui vendues qui ne seront pas délivrées au failli ou qui n'auront pas encore été expédiées soit à lui, soit à un tiers pour son compte. »

Nous avons vu qu'en droit civil le vendeur de meubles avait quatre garanties ; quand l'acheteur est en faillite le Code de commerce pose des règles spéciales visant 3 hypothèses distinctes (art. 550 *in fine*, 576-578).

1^{re} hypothèse. La marchandise est arrivée dans les magasins de l'acheteur avant la faillite. L'art. 550 *in fine* est en pareil cas très rigoureux pour le vendeur : il lui enlève son privilège, son droit de revendication et son droit de résolution (1). Le vendeur non payé viendra comme simple créancier chirographaire à la faillite. On justifie cette rigueur en disant qu'elle est nécessitée par les exigences du crédit commercial : l'objet vendu, en entrant dans le patrimoine de l'acheteur a augmenté son crédit ; ceux qui ont contracté avec lui ont pu compter sur cette chose.

2^e hypothèse. La marchandise est en route. Le vendeur peut alors la saisir et annuler la vente à 3 conditions : 1^o de restituer à la faillite les acomptes qu'il a pu recevoir (ce qui montre bien que dans l'art. 576 le mot « revendication » est pris dans le sens de « résolution ») ; 2^o de payer les frais de la vente, frais de voiture, d'assurance, de commission. Il y a là une dérogation exorbitante au droit commun : c'est l'art. 1184 renversé ; 3^o de

1. Amiens, 28 avril 1894, Dal. 1894, 2, 92.

se trouver à une époque où le failli n'a pas encore revendu les marchandises à des tiers de bonne foi.

3^e hypothèse, prévue par notre article : la marchandise vendue au failli est encore entre les mains du vendeur. Celui-ci peut exercer le droit de rétention alors même qu'il aurait accordé un terme pour le paiement, à moins (art. 1613, C. civ.) que l'acheteur ne lui donne caution. Mais le syndic aura le droit d'exiger l'exécution de la vente en offrant le paiement du prix, et il le fera si la marchandise a augmenté de valeur : il devra d'ailleurs se décider immédiatement, sans quoi il pourrait attendre l'élévation des cours, ce qui serait injuste pour le vendeur. Mais si la marchandise a au contraire baissé, le syndic se gardera bien de demander le maintien de la vente, et le vendeur sera contraint à en subir la résolution. Ne pourra-t-il pas du moins demander des dommages-intérêts, car la faillite de l'acheteur l'oblige à reprendre une chose qui a baissé de valeur ? Nous nous déciderions pour l'affirmative avec la majorité des auteurs (1) et les dispositions expresses de certaines législations étrangères. En effet, pourquoi l'article 577 autorisant le vendeur de marchandises non livrées à retenir, c'est-à-dire en reproduisant sur ce point l'art. 1612, C. civ., lui enlèverait-il un autre droit tout à fait distinct, celui de demander des dommages-intérêts, alors que le vendeur, a

1. M. Rataud à son cours, Lyon-Caen et Renault, *Précis de Dr. commercial*, t. II, n. 3027. Louis Guénée note sous citée. *Jurisprudence belge*, Sir. 1890, 4, 1.

ces deux droits en même temps en matière civile ? Pourquoi d'autre part mettre toutes les bonnes chances en faveur du failli, toutes les mauvaises à la charge du vendeur, contrairement au droit commun ?

Cependant la jurisprudence française (1), est en sens contraire : elle admet que l'art. 577 règle limitativement les droits du vendeur en cas de faillite de l'acheteur et que par suite le vendeur ne peut qu'user du droit de rétention ou produire à la faillite pour le montant de sa créance et obtenir un dividende. Pour décider ainsi, elle se fonde sur l'art. 576 qui, nous l'avons vu, dispose qu'au cas de résolution de la vente dans la première hypothèse les frais sont à la charge du vendeur, et elle étend cette disposition à notre hypothèse : or cette disposition exorbitante devrait être limitée strictement au cas prévu, comme toutes les dérogaions au droit commun. On a dit encore que cette solution était faite pour maintenir l'égalité entre les créanciers : cet argument ne porte pas, car le vendeur pour ses dommages-intérêts ne pourrait réclamer à la faillite qu'un dividende.

C. On a voulu trouver un autre cas de rétention légale dans les art. 93, 95 C. com. relatifs au commissionnaire : mais il s'agit là d'un véritable privilège

On mentionne encore souvent parmi les cas d'application du droit de rétention : 1° l'art. 657 C. proc. civ.

1. Cass. Req. 8 avril 1895. Dal. 1895, 1, 481, note de M. L. Guénée
Cass. 16 février 1887. Dal. 1887, 1, 20, cassant un arrêt de Paris dans notre sens.

autorisant l'officier ministériel qui a procédé à la vente des biens du débiteur à retenir sur les fonds qu'il doit consigner les frais qui lui sont dus suivant la taxe du juge. Mais il ne faut voir là qu'un droit de déduction accordé à l'officier ministériel.

2^o L'art. 851 C. proc. civ. autorisant le notaire à refuser l'expédition d'un acte dont il a la minute tant qu'il n'est pas payé non seulement des frais de la minute mais encore de ceux de l'expédition : il n'y a là pour le notaire qu'un droit d'une nature particulière étranger à la rétention.

DEUXIÈME SECTION

THÉORIE DU DROIT DE RÉTENTION

Nous avons examiné les dispositions de notre législation ayant trait au droit de rétention : Il s'agit maintenant d'étudier la théorie de ce droit telle qu'elle ressort de ces textes. Etant donné leur petit nombre et leur brièveté il nous faudra souvent jeter un coup d'œil en arrière ; notre législation actuelle en général n'est qu'une forme améliorée et une unification des règles éparses et diverses de l'ancien droit, beaucoup de ses dispositions ont en conséquence besoin d'être éclairées par le rapprochement des textes officiels anciens et des commentaires de nos anciens jurisconsultes : c'est surtout dans une matière comme la nôtre que cette observation doit s'appliquer.

Deux grandes questions dominent toute la théorie de la rétention, quelle en est l'étendue, quels en sont les effets. C'est à résoudre ces deux questions si controversées que nous consacrerons cette section. Nous répartirons nos explications en cinq chapitres,

Chapitre I. De la nature et de l'étendue du droit de rétention.

Chapitre II. Caractères et conditions générales d'existence.

Chapitre III. Comment s'exerce le droit de rétention. Ses effets.

Chapitre IV. Modes d'extinction.

Chapitre V. Principaux cas d'application en dehors des textes.

CHAPITRE I^{er}

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU DROIT DE RÉTENTION

§ 1. — Nature du droit de rétention.

Il semble bien que la nature du droit soit indiquée par son nom, droit de rétention, droit résultant de la possession ou détention ; il a pour effet de donner au défendeur de toute action en reprise d'une chose, pour laquelle il lui est encore dû quelque chose, une exception par laquelle il repoussera l'action en reprise jusqu'au jour où le prix lui aura été payé.

S'il en est ainsi, il faut décider que le débiteur conserve la propriété de la chose et que par suite il peut l'aliéner, que les créanciers du débiteur continuent à pouvoir la saisir ; mais que ni l'acquéreur, ni l'adjudicataire ne pourront en déposséder le rétenteur non encore payé.

S'il en est ainsi, il faut décider que le droit de rétention ne confère aucun droit de préférence sur la chose. Si donc le détenteur se dessaisit avant d'être payé, il tombe dans la situation commune des créanciers chirographaires et ne pourra venir qu'au marc le franc à la dis-

tribution des deniers. C'est ce que dit d'une manière formelle l'article 2085 du Code civil pour la rétention conventionnelle résultant du contrat d'antichrèse. Il faut décider également que le droit de rétention ne confère aucun droit de suite.

Nous aurons à revenir sur tous ces points ; nous n'entendons donner ici qu'une idée générale de la nature de la rétention.

Ce droit pour nous est donc opposable aux tiers comme au débiteur lui-même ; c'est un droit réel. Nous aurons à l'établir en étudiant les caractères du droit de rétention. Signalons tout de suite que d'après une autre interprétation il ne faudrait y voir qu'une exception opposable au seul débiteur, un moyen de l'amener au paiement de sa dette par la privation de sa chose, en un mot un simple droit personnel.

§ 2. — **Etendue du droit de rétention.**

Ayant ainsi déterminé la nature du droit de rétention, demandons-nous quelle étendue on doit lui reconnaître dans notre législation. Doit-on le considérer comme y étant admis en principe d'une manière générale, doit-on le restreindre aux seuls cas où un texte formel de loi l'accorde ?

Ces deux conceptions ont rencontré des partisans, de là deux groupes de systèmes : système restrictif système extensif.

Système restrictif. — Ce système paraît dès l'abord

très séduisant à cause de sa simplicité et de sa logique, il nous paraît devoir être rejeté au nom des principes et de la tradition historique.

Le droit de rétention n'existe que dans les cas où la loi l'accorde expressément (1).

Le Code civil ne mentionne nulle part le droit de rétention en termes généraux, il se borne à l'accorder dans certains cas seulement : ce silence est significatif. Si le législateur avait voulu en faire un droit général il l'aurait dit comme il l'a dit par exemple pour le droit de résolution, sous entendu dans les contrats synallagmatiques. La nécessité d'une disposition expresse se fait encore plus sentir quand on admet que le droit de rétention est une sûreté réelle, car ces sûretés sont de droit étroit et le législateur peut seul consacrer des dérogations au principe d'égalité entre créanciers (2).

Un autre auteur qui a soutenu que la rétention devait être considérée comme exceptionnelle dans notre ancien droit, déclare que les auteurs du Code civil ont entendu adopter le même système, de là le petit nombre d'appli-

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil* III, n° 1054. Cabrye, *op. cit.*, nos 67 et s. De Folleville, *Considérations sur l'acquisition ou la libération par l'effet du temps*, n° 55. Laurent, *Droit civil*, t. XXIX, nos 284 et s. Merlin, *Droit de rétention*, n° 231. Mourlon, *Examen critique*, etc. n° 231. Pont, *Petits contrats*. n° 1298. Reverchon, conclusions devant la Cour de cassation, *Revue pratique* 1874, I, p. 137 et s. Thiry, *Droit civil*, IV, n° 347.

Bastia 2 février 1846, S. 48, 2, 10. Rennes, 3 juillet 1858, S. 59, 2, 170.

2. Laurent, *op. cit.*, XXIX. p. 320.

cations que l'on rencontre dans notre législation et qu'il faut se garder d'étendre. Et puis « la multiplication des cas d'application de la rétention irait à l'encontre de ce principe admis par toutes les nations civilisées ; on ne se fait pas justice à soi-même » ; quand on est lésé dans son droit on doit s'adresser au pouvoir judiciaire, ce n'est que dans quelques cas très rares et dignes d'intérêt que le législateur permet à regret aux particuliers de se faire justice à eux-mêmes (rétention, mise en fourrière). « La rétention est un droit exceptionnel de sa nature et brutal qu'il faut restreindre le plus possible » (1).

Ce système a paru tellement rigoureux à certains de ses partisans qu'ils ont cru devoir y apporter quelques restrictions.

Mourlon arrive en invoquant l'article 1244 du Code civil qui est, dit-il, général à permettre au juge d'accorder dans quelques cas la rétention que la loi refuse d'après lui, à des détenteurs de la chose d'autrui actionnés en revendication (2).

Presque tous les auteurs ayant adopté le système restrictif accordent la rétention aux créanciers dont la créance est garantie par un privilège : exemple à l'ouvrier sur la chose qu'il a conservée (3).

Nous nous bornerons à dire de ces deux derniers

1. Olier, *op. cit.*, p. 159 et 160.

2. Mourlon, *op. cit.*, n° 231.

3. Cabrye, *op. cit.*, n° 116. Pont, *Priv. et Hyp.* I, n° 167. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, III, n° 1037.

systèmes, avec M. Olier : « Si réellement la rétention est une anomalie dans notre droit... on doit appliquer une méthode d'interprétation restrictive ; à l'inverse si on considère cette institution comme un principe d'équité il faut se rallier aux systèmes extensifs, mais il ne saurait y avoir aucune place pour un système hybride » (1).

Système extensif. — Le système restrictif n'a pas prévalu en doctrine, la majorité des auteurs admet que les cas prévus expressément dans nos lois ne sont que l'application d'une idée juridique qui doit être généralisée. Les articles 2093 et 2094 du Code civil ne parlent que de causes de préférence proprement dites, ayant leur effet sur le prix provenant de la vente des biens, elles ne s'opposent en rien à l'admission de la doctrine extensive, même pour ceux qui comme nous admettent la réalité du droit de rétention. On peut faire encore observer que la doctrine restrictive amènerait des anomalies pratiques absolument impossibles à justifier,

Mais si l'on est d'accord pour admettre l'extension il y a des divergences quant à l'étendue de cette extension, quant au fondement juridique auquel il faut rattacher notre institution.

1. D'après M. Larombière, outre les cas de rétention prévus par les textes spéciaux, quand il s'agit de contrats synallagmatiques, l'article 1184 du Code civil suffit pour donner à la partie qui a exécuté son obligation un

1. Olier, *op. cit.*, p. 164.

droit de rétention sur l'objet du contrat tant que l'autre partie n'aura pas elle-même accompli sa propre obligation (1).

Les articles 1948 et 2082 2° du Code civil qui accordent la rétention dans des hypothèses où il s'agit de contrats unilatéraux suffisent à montrer que le droit de rétention ne doit pas être restreint aux seuls contrats synallagmatiques. De plus l'article 1184, on le reconnaît généralement, s'applique aussi bien aux contrats unilatéraux à titre onéreux qu'aux contrats synallagmatiques et on ne voit pas la raison de cette différence entre ces deux sortes de contrats.

2. D'après un second système, le droit de rétention serait envisagé comme le corollaire des droits et obligations résultant des contrats et quasi-contrats (art. 1184, C. civ.). Toutes les fois qu'à la suite d'un contrat un créancier détient une chose et qu'une somme lui est due à raison de cette même chose, ne serait-il pas contraire à la bonne foi que ce créancier fût obligé de la restituer alors que l'autre partie se refuse à la payer ; n'y a-t-il pas alors analogie parfaite avec la situation qui se rencontre dans les hypothèses où la loi reconnaît formellement la rétention. Le fondement de cette extension serait qu'en vertu de l'article 1134, aliéna 3 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi (2).

En vertu de cette doctrine on reconnaîtrait le droit de

1. Obligations, t. II, art. 1186, n° 37.

2. Aubry et Rau, *Droit civil*, III, § 236 bis, p. 415. M. Bufnoir à son cours.

réten tion en fa veur de l'emprunteur, du mandataire, du gé rant d'affaires, du créancier gagiste ; d'ailleurs, un article for mel, l'article 1948 du Code civil, ne l'accorde-t-il pas dans une hypothèse toute voisine, celle du dépôt.

Si tel est le fon de ment ju ri di que du droit de réten tion, il faudra en con clure au con traire qu'il ne doit pas être admis en fa veur des per son nes dont le droit de créance ne prend pas sa source dans un con trat ou un quasi-con trat, ainsi on le re fu se ra au pos ses seur de bonne com me de mau vaise foi pour les im penses que peut lui de voir le pro prié taire, à l'u su fruitier à l'en contre du nu-pro prié taire à la fin de l'u su fruit.

Ce sys tème a peu d'adhé rents, une fois admis le prin cipe de l'ex tension, de la gé né ralité du droit de réten tion, il est dif fi cile de ne pas aller jus qu'au bout et cela pour deux rai sons : avec le pré cé dent sys tème on re fuse la réten tion au pos ses seur de bonne foi, or il se rait bien étran ge que ce droit lui fût re fusé alors qu'à l'ori gine c'est à son profit qu'il a été créé. D'autre part, parmi les cas où la réten tion est for mel le ment re connue par le Code civil, il en est qui n'ont au cu nement leur source dans un con trat ou un quasi-con trat, il en est ainsi no tam ment au cas de l'article 867, l'hé ri tier donataire a ce droit contre ses cohé ri tiers, bien qu'il n'y ait entre eux au cu n lien con tractuel ou quasi-con tractuel.

3° Sys tème ex tensif. — De là ce troi sième sys tème au quel nous nous rat tachons et qui a pour lui la ma jorité des au teurs et de la ju ris prudence. On ac corde dans

cette opinion le droit de rétention par cela seul que le créancier invoque un rapport de créance né à raison même de la chose qu'il détient. C'est la théorie connue dans la doctrine sous le nom de *debitum cum re junctum* que nous avons reconnue avoir été suivie en droit romain et dans notre ancien droit.

Sans doute si le droit français était un droit strict et de création récente, on pourrait admettre que le silence du législateur est voulu, qu'il a écarté en principe le droit de rétention et que les cas où il l'a reconnu ne sont que des exceptions. Mais, d'une part, ce droit est fondé sur l'équité comme le montrent les articles 1134, 1135, 1170 du Code civil, et la rétention, bien qu'on ait essayé de soutenir le contraire, nous paraît une institution basée sur l'équité, destinée à faire respecter le principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. D'autre part, étant donné que ce droit était considéré comme un principe général tant en droit romain que dans notre ancien droit comme nous l'avons montré dans notre partie historique ; que les rédacteurs du Code civil se sont en général inspirés des dispositions de nos anciennes coutumes et des écrits de nos anciens jurisconsultes ; que d'ailleurs dans ces coutumes le droit de rétention, bien que, admis d'une manière générale, n'était spécialement mentionné que dans de très rares hypothèses, il n'y a rien d'étonnant à ce que le Code civil ait agi de même et n'ait consacré aucun chapitre spécial à la définition, aux caractères et à l'éten-

due de ce droit, s'en remettant sur ces points à la tradition et se soit borné à en donner des exemples. Nous sommes fondés à conclure que le droit de rétention doit être admis dans notre droit avec la même nature et la même étendue que dans notre ancien droit. Ne serait-il pas au contraire absolument étonnant que si le législateur avait voulu innover, il ne s'en fût pas expliqué d'une façon formelle ? (1)

1. En ce sens, Accolas, *Droit civil*, III, p. 651. — Battur, *Priv. et Hyp.*, n. 81 et s. — Boileux, *Commentaire sur le code Nap.* 6^e édit. sur l'art. 555. — Bourguignat, *Droit rural approfondi*, n. 172. — Cappeau, *Législation rurale*, t. I, p. 537. — Coulon, *Questions de droit*, II, p. 159. — M. Colmet de Santerre, IX, n. 5 bis. — Dalloz, *Rép.* Rétention n. 11. — Delvincourt, *Cours de dr. civil*, édit. de 1829, t. II, p. 221, notes 9 n. 2. — Demolombe, *Cours de dr. civil*, t. 9, n. 682. — Duranton, *Cours de dr. civil*, t. IV, n. 382. — De Fréminville, *Traité de la min. et de la tut.* II, n. 279. — Grenier, *Hyp.*, n. 314. — Glasson, *op. cit.*, p. 52, 58 et s. — Huc, *Droit civil*, VII, n. 168 et s. — M. Labbé, note dans *Journal du Palais*, 1861, p. 675 et s. — Marcadé sur art. 555 Code civil. — Merlin, *Priv. de créance* sect. 4, § 5, n. 2. — Proudhon, *Traité du domaine de propriété*, t. II, n. 569. — Rauter, *Revue de législation*, t. X, p. 434 et s. — Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, Dr. de rétent., n. 14. — Thézard, *Nantiss.*, n. 26. — Toullier, *Dr. civil*, t. 1, n. 130 et t. 14, n. 327. — Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. I, n. 260. — Yseux, *Revue générale de dr.*, 1894, p. 47 et s. — Zachariæ, *Cours de dr. civil*, § 184 et 218. — Tarrible, *Rép. Priv. de dr.*, sect. IV, § 5, n. 2.

Rennes, 8 fév. 1844 ; S. 41, 2, 453 ; Cass., 25 mars 1852 ; S. 53, 2 ; 291. Bastia, 9 juillet 1856 ; S. 57, 2, § 4. — Grenoble, 10 juillet 1860, S. 62, 2, 40. Rouen, 9 juin 1826, 18 décembre 1856 ; S. 57, 2, 558. — Cass. Req., 13 mai 1861, *J. Palais*, 61 p., 657. — Douai, 17 décem. 1877. D., 78, 5, 412. — Vervins (trib., 13 août 1885. *J. Palais*, 85, 1, 1262 5 85, 2, 220.

Beaucoup de règlements préfectoraux prévoient formellement le

Les auteurs du Code civil ont donc admis la généralité du droit de rétention, et c'est à la théorie du *debitum cum re junctum*, qu'ils se sont référés ; d'ailleurs, c'est cette condition qui peut justifier la légitimité et la raison d'être de notre institution. Si l'on basait la rétention sur ce principe, qu'on n'est pas tenu d'accomplir son obligation par ce seul fait que l'autre partie n'accomplit pas la sienne, alors que les deux obligations n'ont pas leur origine dans le même fait, on arriverait à autoriser la rétention par ce seul fait que le détenteur serait créancier du propriétaire de la chose, quel que fût le titre de sa créance. Au contraire, le principe de droit est uniquement dans le fait que l'obligation du propriétaire de la chose s'est formée justement à l'occasion de cette chose, n'est-il pas alors profondément injuste que le détenteur soit obligé de restituer la chose sans être désintéressé, « l'équité même commande alors de soustraire sa créance à la loi du concours en lui donnant une sorte de gage sur la chose qu'il a conservée » (1).

Les textes du Code civil viennent à l'appui de ce que

droit de rétention, l'administration admettant la garantie de ce droit dans les limites du *debitum cum re junctum*. Le Conseil d'Etat a été saisi de la question tout récemment pour la première fois, et a décidé, par un arrêt du 11 février 1898, dans notre sens, confirmant le jugement du conseil de préfecture de la Haute-Garonne — (Affaire de la Compagnie des Chemins de fer du Midi et du canal latéral à la Garonne contre Cazeneuve). Cet arrêt nous a été communiqué par notre excellent ami M. A. Dejean, auditeur au Conseil d'Etat, rapporteur dans cette affaire.

1. Paul Pont. *Petits contrats* II, n. 1288.

nous venons de dire, la connexité se rencontre dans tous les cas d'application de la rétention qu'ils relèvent, on le reconnaît sauf pour les articles 1749, 2082 2^o et 2280.

Sans doute la connexité dans l'hypothèse de l'art. 1749 n'est pas aussi étroite que dans d'autres cas, mais elle existe néanmoins, la dette est bien née à l'occasion de la chose dont l'acquéreur prétend expulser le fermier ou locataire.

Quant à l'article 2082 2^o on peut dire qu'il s'agit là d'un droit de rétention tout à fait spécial, basé sur une interprétation de la volonté des parties, si bien qu'on a, à tort selon nous, tenté d'y voir un véritable gage tacite et non une simple application de la rétention. De là vient aussi que des auteurs, tout en reconnaissant le caractère de réalité au droit de rétention en général, ont cru devoir admettre qu'il s'agissait ici d'un simple droit personnel (1). — D'ailleurs, nous reconnaissons avec M. Glasson, que s'il n'est pas permis à l'interprète d'étendre la rétention en dehors des cas où il y a connexité, le législateur a pu le faire par une disposition expresse, de même qu'il aurait pu le refuser au cas même où cette condition se serait trouvée remplie; c'est ce qu'il a prétendu qu'il avait fait dans les articles 306 du Code de commerce et 1985 du Code civil. Nous n'avons d'ailleurs pas admis cette interprétation.

Pour l'article 2280, on peut dire « que l'obligation pour l'acquéreur de restituer l'objet par lui acheté est

1. P. Pont. *Petits contrats*, II, n. 1184.

née en même temps et à raison du même fait, que l'obligation du propriétaire originaire et à ce point de vue, la créance et la chose retenue sont connexes » (1).

4^e Système extensif présenté par M. Romniceano. -- D'après cet auteur, il faudrait distinguer deux sortes de rétentions. La rétention légale prévue par les divers textes de nos lois et qui s'imposerait d'une façon formelle au juge, et la rétention judiciaire qui serait facultative pour lui, mais qui n'aurait d'autres conditions et d'autres limites que l'équité. Ce système aurait l'avantage d'être le meilleur en législation, l'équité étant la seule base de la rétention, et les circonstances de chaque espèce permettant seules de voir s'il est juste de l'accorder ou de la refuser. Ce système qui aurait été déjà celui adopté par le droit romain et notre ancien droit, s'accorde parfaitement avec les principes de législation actuelle ; en effet, l'article 1134, 3^e alinéa du Code civil, montre qu'en droit français, toutes les obligations s'apprécient *ex æquo et bono*, la mission du juge est donc de combiner les règles du droit avec les prescriptions de l'équité ; par suite, quand aucun texte ne s'y oppose, et c'est le cas ici, le juge doit assurer le triomphe de l'équité.

La loi admet la compensation et la compensation de plein droit, ne voit-on pas l'analogie qui en découle à propos de la rétention ? Pourquoi en effet, faire une différence entre la situation d'un débiteur de somme d'ar-

1. Guillouard, *op.cit.*, n. 68.

gent et celle d'un débiteur de corps certain ? Il faut donc en conclure que le principe de la législation actuelle est le suivant, lorsque deux personnes sont réciproquement tenues l'une envers l'autre, il ne faut pas que l'une d'elles puisse réclamer l'exécution sans qu'elle remplisse en même temps l'obligation dont elle est tenue envers son adversaire ; principe que nous révèlent les règles de la compensation et qui vient fortifier l'article 1184 du Code civil (1).

Ce système, qui n'est que la généralisation d'une idée que l'on trouve déjà dans plusieurs auteurs (2), n'est très certainement pas celui qu'ont voulu adopter les auteurs du Code civil, l'auteur est obligé de le reconnaître lui-même « je n'ose pas soutenir, dit-il, que tel ait été le système que le législateur de 1804 s'est proposé de suivre... » — Au sortir de l'ancien régime, à un moment où tous les esprits étaient encore sous le coup des abus qu'avait entraînés l'omnipotence des Parlements, on ne pouvait songer à laisser une telle place à l'arbitraire du juge. — Nous sommes loin de penser que ce soit en législation le système idéal, on ne peut admettre en effet, qu'il dépende de la seule volonté du juge d'accorder ou de refuser un droit d'une telle importance et qui constitue une garantie des plus sérieuses.

1. Du droit de rétention, p. 156 et s.

2. Mourlon, examen critique, etc, n. 231. — Aubry et Rau, § 256 *bis*; p. 118. Demolombe IX, n. 582, X, n. 595. Proudhon, usufruit, V. n. 262 et s.

L'article 1434 dit simplement qu'il n'y a plus dans notre droit de contrats de droit strict, Il n'y a rien à tirer de l'analogie entre la compensation et la rétention tout simplement parce que cette analogie n'existe pas. Sans doute ces deux institutions sont fondées sur l'équité mais des différences profondes les séparent. La compensation est un mode d'extinction des obligations ; la rétention est une sûreté, une garantie. Le créancier qui oppose la compensation entend conserver ce qu'il doit en tout ou en partie à titre définitif, le rétenu n'entend au contraire conserver la chose qu'il détient que jusqu'à ce qu'il soit désintéressé. D'ailleurs ce système n'a jamais été, comme on le prétend, suivi à Rome et dans l'ancien droit, nous croyons au contraire avoir démontré que c'était le système de la connexité qui avait toujours été appliqué.

Nous déciderons donc que la rétention doit recevoir son application dans les limites du *debitum cum re junctum*.

Ayant ainsi déterminé quelle est la nature et quelle est l'étendue du droit de rétention nous pouvons en donner la définition : *c'est la faculté accordée à un créancier de conserver jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû la détention de la chose d'autrui à l'occasion de laquelle est né son droit de créance.*

CHAPITRE II

CARACTÈRES ET CONDITIONS GÉNÉRALES D'EXISTENCE DU DROIT DE RÉTENTION.

§ 1. — Caractères du droit de rétention

Le droit de rétention consiste dans une sûreté d'un genre tout particulier ; nous lui reconnaissons comme principaux caractères d'être réel, accessoire, indivisible ; il est de plus soit conventionnel soit légal, principal, transmissible et cessible.

4. *C'est un droit réel.* — Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer que si la rétention était personnelle à Rome cela tenait uniquement aux règles de la procédure, aussi, en passant dans notre ancien droit, est-elle devenue réelle. Nous avons cité différents passages de nos anciens auteurs qui le déclarent d'une manière formelle.

Les auteurs du Code civil ont-ils entendu modifier la théorie admise dans notre ancien droit ? En aucune façon les travaux préparatoires nous le montrent clairement. M. Réal au corps législatif s'exprimait ainsi : « Le déposant ne peut pas retirer la chose déposée qu'il ne soit

préalablement libéré de ce qu'il doit car le dépôt est naturellement, et sans le secours d'aucune stipulation, le gage des créances dont il est la cause » (1). M. Favard allant encore plus loin, reconnaissait positivement le caractère de réalité du droit de rétention : « Le dépositaire a un privilège pour le remboursement de ses frais puisque la loi l'autorise à retenir le dépôt *quasi quodam jure pignoris* jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû. » (2). Sans doute le mot privilège n'est pas pris ici dans le sens strict que nous attachons maintenant à ce mot d'après le Code civil, mais faisons remarquer qu'au moment où parlait M. Favard, la matière des privilèges n'avait pas encore été traitée, il voulait simplement exprimer cette idée que le droit du dépositaire est assimilé en quelque sorte à celui du créancier gagiste dont le droit est bien évidemment réel.

Plusieurs articles du Code civil montrent bien que c'est le système de la réalité qui a été adopté. L'article 1613 que nous avons étudié ne dit-il pas que même au cas où le vendeur a accordé un délai pour le paiement il pourra si depuis la vente l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture le mettant ainsi en danger de perdre le prix, refuser la délivrance à moins que l'acheteur ne lui fournisse caution. Or si le droit de rétention qui est ainsi restitué au vendeur n'était pas opposable aux créanciers de l'acheteur en faillite, il ne lui serait d'aucune utilité ; pour

1. Réal. *Exposé des motifs au corps législatif*, Fenet, XIV, p. 507.

2. Favard, *Discours au corps législatif*, Fenet, XIV, p. 517.

que l'article 1613 ait un sens pratique il faut supposer que la masse des créanciers de l'acheteur est obligée de subir le droit de rétention du vendeur.

En vertu de l'article 1749 le droit de rétention du locataire ou fermier, est nous l'avons vu, opposable au nouveau propriétaire qui est un tiers à son égard.

Enfin on peut dire que les articles 1048 et 2982 accordent le droit de rétention d'une manière générale sans faire de distinction entre le débiteur et les tiers.

Ce système nous paraît aussi plus conforme à l'esprit de la loi ; le législateur en accordant la rétention au détenteur de la chose d'autrui a voulu lui conférer une garantie, une sûreté. Or, le but ne serait pas atteint si le rétenteur ne pouvait opposer son droit qu'à son seul débiteur, il suffirait en effet à ce dernier d'aliéner la chose retenue pour rendre cette sûreté illusoire, il dépendrait de sa seule volonté de la faire évanouir (1).

On se sert quelquefois en faveur de notre opinion d'un argument tiré de l'antichrèse, l'antichrésiste en effet ne jouit pas d'un privilège, c'est certain, mais a le droit de rétention sur l'immeuble uni au droit de perception des fruits de cet immeuble et son droit est opposable aux

1. En ce sens Accolas Dr. civil, III, p. 651, MM. Beudant et Bufnoir à leurs cours. Cabrye, *op. cit.* n° 74. Colmet de Santerre, IX, n° 5 bis. Demolombe, XI, n° 682. Duranton, XIX, n° 8. Glas-son, *op. cit.* p. 37. Guillouard, *op. cit.* n° 23 M. Labbé, noté déjà citée. Mourlon, *op. cit.* nos 215, 222 et s. Pont, *op. cit.* n° 1292. Thézard nantiss, n° 26. Valette, *Priv. et hyp.*, n° 7. Lyon, 27 août 1849, S. 49, 2, 557.

tiers. Nous n'avons pas voulu user de cette argumentation, il s'agit ici de la rétention conventionnelle et on peut soutenir que ses effets peuvent être différents de ceux de la rétention légale. De plus on a prétendu, bien à tort selon nous, et cette opinion ne compte plus aujourd'hui que de très rares partisans, que le droit du créancier antichrésiste était personnel. Comme on pourrait en tirer argument contre notre solution relative à la réalité de la rétention nous allons en passant réfuter cette opinion. Elle invoque deux arguments.

En premier lieu l'article 2094 du Code civil n'admet que deux causes de préférence, les privilèges et les hypothèques, à l'encontre des tiers. Cet argument tombe quand on pense que l'article 2094 ne parle que des causes de préférence proprement dites agissant sur le prix de l'immeuble. Or, à cet égard, il est bien évident que le créancier antichrésiste n'a pas de droit de préférence et que, s'il faisait vendre aux enchères le bien donné, en antichrèse, il n'aurait aucun droit de préférence à exercer sur le prix. Mais l'article en question ne s'oppose nullement à ce que son droit de rétention et de perception des fruits existe à l'encontre des créanciers du débiteur.

En second lieu l'article 2094 du Code civil déclare que « tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie pas aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse ». C'est donc que le droit du créancier antichrésiste n'est pas op-

posable aux tiers. Mais ce n'est pas là le sens de cet article, il veut simplement dire que le droit d'antichrèse ne préjudiciera pas à des droits acquis antérieurement sur l'immeuble. On peut même en conclure *a contrario* que le droit de l'antichrésiste s'exercera à l'encontre des tiers ayant acquis des droits postérieurement à la constitution de l'antichrèse.

Citons au contraire en faveur de la réalité de ce droit l'article 446 *in fine* du Code de commerce qui, en décidant que ces droits d'antichrèse consentis depuis la cessation des paiements ou pendant la période suspecte des dix jours qui l'ont précédée ne sont pas opposables à la masse des créanciers, montre bien qu'ils le seraient dans les autres cas. La loi du 23 mars 1855 qui en soumettant dans son article 2, 1^o les actes constitutifs d'antichrèse à la transcription et en déclarant dans son article 3 que ces actes non transcrits ne sont pas opposables aux tiers ayant des droits sur l'immeuble et les ayant conservés conformément aux lois, a définitivement tranché la question en notre sens.

On soutient dans une autre opinion que le droit de rétention est un droit personnel, qu'il ne constitue qu'une simple exception de créancier à débiteur dépourvue d'efficacité à l'égard des tiers ; le seul but de la rétention serait d'inciter le débiteur à payer sa dette pour pouvoir reprendre sa chose (1).

1. Troplong, *Nantissement*, nos 442, 524, 552 ; Larombière, *oblig.* II, art. 1186, n^o 46 ; Laurent, *op. cit.*, XXIX, n^o 292 ; Rauter, *Revue Etrangère*, 1841, p. 77.

On invoque en faveur de cette opinion le droit romain où, nous l'avons reconnu nous-mêmes, la rétention était personnelle. Or, dit-on, en cette matière les rédacteurs du Code civil se sont inspirés des idées des jurisconsultes romains et rien ne prouve qu'on ait voulu changer le caractère que cette institution présentait à Rome.

On tire un autre argument de la combinaison des articles 2093 et 2094 du Code civil. Ces articles nous montrent en effet que l'égalité est la règle entre tous les créanciers d'un même débiteur ; les nécessités du crédit et certaines situations dignes d'intérêt ont déterminé les auteurs du Code civil à reconnaître deux causes légitimes de préférence, les privilèges et les hypothèques, c'est en créer une troisième que de faire de la rétention un droit opposable aux tiers.

L'article 609 du Code de procédure civile fournit un troisième argument. Il porte qu'aucun créancier du saisi, pas même le locateur, ne peut s'opposer à la saisie. La seule faculté qui soit accordée aux créanciers c'est de former opposition sur le prix provenant de la vente de l'objet saisi. C'est donc que la rétention n'est même pas opposable aux créanciers simplement chirographaires.

Comme dernier argument on fait valoir les dangers que ferait courir au crédit la rétention si elle était ainsi opposable aux tiers alors qu'elle n'est soumise à aucune condition de publicité.

L'argument tiré du droit Romain n'a aucune valeur. Nous avons déjà eu l'occasion plusieurs fois de montrer à quelles causes toutes spéciales tenait le caractère de personnalité de la rétention dans ce droit.

Nous venons de réfuter, à propos de la question de la réalité du droit d'antichrèse, l'argument tiré du rapprochement des articles 2093 et 2094 du Code civil. Voir aussi ce que nous avons dit sur ce sujet dans notre introduction.

Nous aurons à examiner le sens qu'on doit attacher à l'article 609 du Code de procédure, lorsque nous étudierons dans notre chapitre IV les effets de la rétention à l'égard des créanciers chirographaires du débiteur. Nous montrerons que le droit du rétenteur n'empêche pas la saisie, pas plus que ne l'empêcherait le droit d'une personne ayant une servitude sur le même fonds, mais que ce créancier pourra simplement opposer son droit à l'expédition et conserver la détention de la chose jusqu'à son complet désintéressement.

Quant aux dangers résultant du défaut de publicité du droit de rétention ils ne sont pas aussi graves que l'on veut bien le dire, la chose qui fait l'objet du droit de rétention étant entre les mains du créancier ne figure plus dans le patrimoine du propriétaire, et par suite les personnes qui traiteront avec lui ne la prendront pas en considération dans leur appréciation de la consistance de sa fortune.

On peut répondre encore qu'il n'y a là qu'une

considération d'utilité générale à renvoyer au législateur ; on doit d'ailleurs reconnaître que l'organisation civile du crédit et de la publicité des diverses mutations de propriété et des constitutions de droit pouvant intéresser les tiers n'avait guère été organisée par le Code civil et qu'elle laisse encore fort à désirer sous l'empire de notre législation actuelle.

D'après un troisième système le droit de rétention serait d'une nature mixte, ce serait un droit personnel mais il serait quand même opposable aux tiers. Ce ne peut-être un droit réel, dit-on, car le propre du droit réel est d'entraîner un droit de suite, et d'autre part un droit n'est pas réel par cela seul qu'il est opposable aux tiers (1).

Remarquons qu'au point de vue pratique ce système entraîne les mêmes conséquences que le nôtre ; il s'agit donc d'une question toute théorique. Nous répondrons que le droit personnel est de sa nature inopposable aux tiers, sans doute, en vertu de l'article 1743 du Code civil le droit du preneur dans le contrat de louage est opposable aux tiers, et cependant on s'accorde généralement à reconnaître qu'il est personnel, mais cet article s'explique par une clause devenue de style, de plus, il a fallu dans ce cas un texte formel. Le droit de suite n'est pas essentiel aux droits réels ainsi que cela résulte des pri-

1. Aubry et Rau, *op. cit.* III, p. 256 *bis*, p. 419. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantissement*, I, n° 217 ; Huc, *op. cit.* VII, n° 174 et s.

vilèges sur les meubles. Tout ce qu'il est vrai de dire c'est que la rétention est un droit réel d'une nature toute spéciale et qui fondé uniquement sur la possession ou détention s'évanouit avec elle.

Il reste donc acquis que la rétention est un droit réel c'est-à-dire opposable aux tiers. Nous verrons en traitant des effets dans notre chapitre IV, les conséquences qu'il faut tirer de ce principe.

II. *C'est un droit accessoire*, comme le gage et l'antichrèse, il suppose l'existence d'un droit principal dont il est la garantie et dont il suit le sort.

III. *C'est un droit indivisible*. — Nous avons déjà reconnu ce caractère à la rétention en droit romain, et nous avons montré que l'équité s'opposait à ce que le propriétaire de la chose pût la reprendre après avoir fait un paiement partiel, comme elle s'opposait à ce qu'il pût la reprendre sans avoir rien payé. Cette raison subsiste dans notre droit ; ce caractère est en outre une conséquence de la nature de sûreté que nous avons reconnue au droit de rétention. Le code civil consacre expressément l'indivisibilité des autres sûretés : de l'hypothèque article 2114. du gage art. 2083, de l'antichrèse articles 2087, 2090 Les articles concernant la rétention semblent bien conçus dans le même sens, l'article 867, accorde en effet le droit de rétention à l'héritier qui doit faire le rapport « jusqu'au remboursement effectif ». Le vendeur à réméré ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations (article 1673).

Le dépositaire retient jusqu'à l'entier paiement (article 1948) (1).

En conséquence, le créancier qui a reçu un paiement partiel, ne peut être contraint à renoncer à son droit de rétention pour une part proportionnelle à ce qu'il a reçu et d'autre part la remise qu'il aurait faite d'une partie des objets grevés du droit de rétention ne l'empêcherait pas d'en retenir le surplus jusqu'à ce qu'il soit entièrement désintéressé (2).

La jurisprudence fait l'application de ce principe à l'ouvrier qui a amélioré des choses qui lui ont été confiées. Nous aurons à y revenir en traitant ce cas de rétention dans notre chapitre V (3).

IV. *C'est un droit légal ou conventionnel*, c'est-à-dire que la rétention peut avoir sa source soit dans la loi, soit dans la convention des parties.

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss.* I, n° 244 ; Cabrye, *op. cit.*, n° 78 ; M. Glasson, p. 33 ; Guillouard, *op. cit.*, Huc, *op. cit.*, VII, n° 171 ; Dalloz, *Rép. Rét.*, n° 4 ; D. 1894. 2. 32. Note de M. Boistel, *Contra* : Laurent, *op. cit.*, XXI, n° 304 ; Pret, *op. cit.*, n° 216.

2. Aubry et Rau, III, § 256 bis, p. 119 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.* I, n° 244 ; M. Glasson, *op. cit.*, p. 58 et s. Guillouard, *op. cit.*, n° 25 et *Louage* II, n° 776 ; Pont, *op. cit.* n° 1299 ; Troplong, *Priv. et Hyp.* I, nos 176 et 259.

3. Rouen, 18 juin 1825, S. 26, 2. 127 ; 9 juin 1826, 17 déc. 1828, 25 fév. 1829, S. 31. 2. 88 ; Cass. 9 déc. 1840, S. 41. 1. 33 ; Cass. 9 déc. 1850, S. 61. 1. 855 ; Cass. 13 mai 1864, S. 61. 1. 685 ; Lyon, 25 mars 1871, S. 71. 2. 145 ; Douai, 17 déc. 1877, D. 78. 5. 412. L'indivisibilité du droit de rétention est consacrée législativement par le Code civil du Japon, article 93, et par le Code de la République argentine, art. 3 du titre 2 de la section II, du livre IV.

Dans la loi. — Soit qu'elle l'accorde expressément par un texte formel soit qu'elle l'accorde implicitement.

Dans la convention des parties. — Telle est la rétention à laquelle donnent naissance les contrats de gage et d'antichrèse.

Mais une personne pourrait-elle constituer directement au profit d'une autre un droit de rétention sur un bien lui appartenant ?

Nous le croyons ; dans notre ancien droit, Dumoulin l'admettait d'une manière formelle dans un passage que nous avons eu souvent à citer dans la partie historique de cette étude, et nous ne voyons aucune bonne raison pour donner une autre solution sous l'empire de la législation actuelle. Le principe est la liberté des conventions en tout ce qui n'atteint pas l'ordre public et les bonnes mœurs, de plus les parties n'auraient elles pas pu constituer au lieu et place de ce simple droit de rétention un gage ou une antichrèse, suivant qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble ? Or qui peut le plus peut le moins.

La rétention conventionnelle a du reste en principe les mêmes caractères et les mêmes effets que la rétention légale. Toutefois, nous devons dire que quelle que soit la solution qu'on adopte à l'égard de la rétention légale, il faut décider que le droit de rétention conventionnelle ne peut nuire aux créanciers hypothécaires antérieurs. L'article 2091 du Code civil impose cette solution pour l'antichrèse, la même solution s'impose a fortiori pour le droit

de rétention conventionnel pur et simple, — il ne peut en effet dépendre d'un débiteur de donner à un créancier une sûreté pouvant nuire aux droits réels acquis antérieurement par d'autres c'est de toute évidence et c'est ce que décidait déjà Dumoulin, nous l'avons vu.

V. *C'est un droit principal.* — Cela veut dire que maintenant en droit français, le créancier a toujours une action pour se faire rembourser des dépenses faites à l'occasion d'une chose, que la rétention n'est donnée que comme garantie et qu'elle n'est plus jamais, comme cela se présentait à Rome, la seule voie ouverte au créancier pour rentrer dans ses déboursés.

VI. *C'est un droit transmissible et cessible.* — N'étant pas de ces droits qui sont exclusivement attachés à la personne, la rétention se transmet aux successeurs universels, à titre universel, ou à titre particulier de celui qui en était investi avec la créance qu'il garantit du moment que ces personnes réunissent les conditions exigées pour avoir l'exercice de ce droit.

Il peut également être transmis par voie de cession; en effet, tous les accessoires d'une créance, en cas de cession, passent avec elle au cessionnaire; — il suffit que celui-ci remplisse les conditions qui sont nécessaires pour pouvoir jouir de la rétention.

§2. — Conditions générales d'existence de la rétention.

Il faut pour donner naissance à la rétention la réunion de trois conditions : 1^e qu'une personne ait

entre ses mains la chose d'autrui; 2° qu'elle soit créancière; 3° que cette créance soit connexe à la chose détenue.

1^{re} condition. — *Détention de la chose d'autrui.* — Il faut donc une chose susceptible de détention matérielle, un meuble ou un immeuble, ce qui exclut les choses incorporelles, les droits. Mais si un droit ne peut être l'objet de la rétention, elle peut s'exercer sur la chose, objet d'un droit et c'est ainsi que l'on peut comprendre qu'elle puisse s'exercer sur un usufruit; elle pourra ne pouvant frapper une créance, s'exercer sur le titre de cette créance.

Il faut une chose de libre disposition, ce qui exclut:

1° *Les choses hors du commerce* (1).

2° *Les biens dotaux* (2).

3° *Les biens insaisissables* (3). Le vœu de la loi a été en effet qu'on n'en puisse priver le débiteur car il s'agit là de choses qui ont un caractère alimentaire et qui sont nécessaires à la conservation de sa vie.

4° *Les droits d'usage et d'habitation constitués à titre gratuit* (4).

1. Dalloz, *Rép. Rétention*, n° 55; *Gazette des tribunaux*, janvier 1840.

2. M. Glasson, *op. cit.*, p. 72; Guillouard, *op. cit.*, n° 30; Nîmes, 16 déc. 1841, S. 42. 2. 322; Limoges, 10 fév. 1844, S. 45. 2. 18; Cass., 3 avril 1845, S. 45. 1. 423 et 4 juillet 1849, S. 50. 1. 283, *Contrà*: Agen, 19 juill. 1833, S. 34. 2. 535.

3. M. Glasson, *op. cit.*, p. 70; Guillouard, *op. cit.*, n° 29; Rauter, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 769.

4. Demolombe, X, n° 786; M. Glasson, *op. cit.*, p. 71; Dalloz, *Rép. Rétention*, n° 58; *Contrà*: De Moly, *Rétention*, p. 17.

Il est de toute évidence qu'il faut avoir la chose par devers soi pour pouvoir user de rétention sur elle. Nous avons vu cette condition requise en droit Romain et dans notre ancien droit il en était de même. Tous les textes du Code civil qui parlent de la rétention supposent cette condition. La simple détention suffit ; nous voyons l'article 1749 accorder la rétention au locataire ou fermier, l'article 1948 au dépositaire et ce ne sont que de simples détenteurs. Nous avons vu que la simple détention suffisait déjà à Rome.

La détention peut évidemment s'exercer par l'intermédiaire d'un tiers : l'article 306 du Code de commerce le montre bien si l'on admet, comme nous l'avons fait, qu'il ne refuse pas d'une manière absolue la rétention au capitaine du navire. C'est d'ailleurs incontestable pour la rétention conventionnelle étant donné les articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce.

La détention étant un élément essentiel de la rétention la perte de la détention ou de la possession fait perdre le droit de rétention, aussi la jurisprudence qui admet la rétention en faveur de l'ouvrier qui a amélioré la chose d'autrui décide-t-elle que s'il restitue les objets par lui manufacturés avant d'avoir reçu le paiement de son salaire il n'est plus qu'un simple créancier chirographaire même à l'égard de ces objets. Bien plus elle décide que si plus tard il recouvre ces objets grâce à un fait nouveau il ne pourra exercer sur eux son droit de rétention pour ses anciennes créances. Solution très équitable, car les autres

créanciers ont pu considérer les choses rendues comme faisant partie de leur gage (1).

Nous reconnaissons comme première condition de la rétention la détention de la chose d'autrui, Nous verrons toutefois en étudiant les cas d'application de la rétention qu'un propriétaire peut en user sur sa propre chose.

1^o *Condition. Etre créancier.* — C'est une conséquence de la nature et du caractère accessoire du droit de rétention mais une créance naturelle serait-elle suffisante ?

On l'a soutenu et il est incontestable qu'il en était ainsi à Rome et dans notre ancien droit. On invoque à l'appui de cette opinion la base commune de la rétention et de l'obligation naturelle : l'équité ; on ajoute que l'obligation naturelle peut être cautionnée (article 2012 C. Civ.) et même qu'elle peut, on l'admet du moins généralement, être garantie par un gage ou une hypothèque (2).

Nous préférons nous rattacher avec la majorité des auteurs à l'opinion contraire, Le code civil ayant parlé des obligations naturelles et ayant énuméré les seuls effets qu'il ait cru devoir leur reconnaître, on ne doit pas chercher à les étendre.

La loi a voulu que que l'exécution de l'obligation naturelle dépendît de la seule volonté du débiteur, aussi reconnaissons-nous que de même qu'il peut donner une caution il peut constituer un gage, une hypothèque ou

1. Note de M. Labbé déjà citée.

2. M. Glasson, p. 38 ; Guillouard, *op. cit.* n^o 41 ; Marsol, *de l'oblig. naturelle*, p. 62 et 247, 248.

un droit de rétention conventionnel pur et simple car l'engagement qu'il prend ainsi d'acquitter sa dette est purement volontaire. Nous ne pouvons admettre par contre que par suite de l'exercice du droit de rétention le débiteur se trouve forcé à s'exécuter comme s'il était tenu d'une obligation civile, pas plus que nous n'admettrions que les obligations naturelles pussent entrer en compensation (1).

La créance du rétenteur doit être exigible ; l'exercice de la rétention a pour effet de contraindre le débiteur au paiement et il ne doit payer ni être contraint à payer avant l'échéance du terme (1186 C. civ.)

Mais peu importe que la créance soit ou non liquide « rien dans la loi ne peut servir de fondement à une telle exigence, seulement pour concilier tous les intérêts il paraît juste que les tribunaux saisis de la difficulté fixent au créancier un délai pour la liquidation de ses droits, c'est dans ce sens qu'avait décidé l'ancienne jurisprudence (2).

Le droit de rétention peut être exercé contre tout débiteur ; néanmoins une décision du conseil d'Etat du 19 juillet 1854 a décidé qu'il devait être refusé à un créancier de l'Etat (3). Deux motifs ont été donnés à l'appui de cette décision : la solvabilité de l'Etat et le principe que les voies d'exécution ordinaires ne peuvent lui être ap-

1. Duranton, X, n° 25 ; De Folleville, *considérat. générales sur l'acq. ou la libérat. par l'effet du temps*, p. 89 et s. Pons, *op. cit.* n° 1290.

2. Dalloz, *Rep. Rétention*, n° 51.

3. Dans le même sens, Rennes 8 fév. 1841 ; *Trib. des conflits*, 2 janv. 1879, D. 79. 3. 65. et 22 déc. 1880, D. 82. 3. 25 (note).

pliquées. On peut répondre sur le premier point que l'insolvabilité du débiteur n'est pas une condition d'existence de la rétention; elle sera utile à l'encontre du débiteur parfaitement solvable en l'invitant à s'acquitter plus rapidement de sa dette; la loi n'accorde-t-elle pas une juste et préalable indemnité à l'exproprié malgré la solvabilité de l'Etat? Sur le second point, on peut objecter que la rétention n'est en rien une voie d'exécution puisque bien au contraire le rétenteur perd sa garantie s'il poursuit l'exécution de sa créance.

Il existe des cas cependant où il faudrait décider que le droit de rétention ne peut pas être opposé à l'Etat; quand l'exercice de ce droit aurait pour résultat de paralyser un service public (1).

La créance doit-elle nécessairement exister contre le propriétaire de la chose?

Ce sera, bien entendu, le cas le plus usuel, mais ce n'est pas indispensable: on peut très bien supposer qu'un tiers ait donné un ou plusieurs objets pour garantir au moyen d'un droit de rétention conventionnel pur et simple la dette d'autrui. Et puis, quand il s'agit de meubles, en vertu de l'article 2279 du Code civil, le créancier peut exercer son droit de rétention sur des meubles appartenant à autrui et qu'il a reçus de bonne foi de son débiteur. Si la règle: En fait de meubles, possession vaut titre, permet au possesseur de bonne

1. M. Glasson, *op. cit.* p. 68 et s.

2. Guillouard, *op. cit.* n° 43.

foi d'un objet ni perdu ni volé, de repousser la revendication du véritable propriétaire, à plus forte raison lui permet-elle de lui opposer son droit de rétention simple, entrave temporaire au droit de propriété. Cette hypothèse pourra se présenter à propos de la rétention du dépositaire (1).

3^o *Condition de connexité entre la créance et la chose retenue.* — Nous avons parlé suffisamment de cette condition en étudiant la question de l'étendue de la rétention pour ne plus avoir besoin d'y revenir.

Faut-il ajouter une quatrième condition ; la nécessité de la bonne foi de la part du créancier qui prétend retenir ?

Nous ne le pensons pas ; sans doute, à Rome, il en fut autrement et on commença par refuser l'exception de dol au possesseur de mauvaise foi pour toutes ses impenses, mais c'est qu'on lui refusait tout droit à un paiement ; on partait de ce principe que le possesseur sachant qu'il ne pouvait usucaper était censé avoir voulu faire une donation au véritable propriétaire. Le Code civil, au contraire, consacre le droit du possesseur de mauvaise foi à une indemnité, dès lors pourquoi lui refuser la garantie ordinaire de ces actions en remboursement, la rétention, étant donné qu'il remplit toutes les conditions exigées pour pouvoir en user ? Nous au-

1. Voir *infra*, des effets de la rétention vis-à-vis des tiers acquéreurs de l'immeuble.

rons d'ailleurs à revenir sur cette question en étudiant les principaux cas d'application de la rétention, non prévus par des textes précis.

Les trois conditions que nous avons examinées sont donc les seules qui soient requises pour l'exercice de la rétention. Aucune publicité spéciale n'est exigée. Pour la rétention s'appliquant à des meubles, cela va de soi, puisque les privilèges sur les meubles ne sont eux-mêmes soumis à aucune formalité de publicité; nous donnerons la même solution pour le cas où le droit s'exerce sur des immeubles; sans doute la loi de 1855 a ordonné la transcription des actes constitutifs d'antichrèse, mais elle est restée muette quant au droit de rétention.

CHAPITRE III

COMMENT S'EXERCE LE DROIT DE RÉTENTION. — SES EFFETS.

§ 1. — Comment s'exerce le droit de rétention ?

Ce droit existe par lui-même et en vertu de la loi. On a pourtant prétendu qu'il constituait sous le rapport de la procédure une exception à la règle que l'on ne peut se faire justice à soi-même et qu'il présentait une voie de fait substituée à une voie de droit et placée à côté de cette voie (1). On en a même tiré argument contre la doctrine que nous avons adoptée relativement à l'étendue de la rétention ; on a dit, en effet, que si dans quelques cas et comme à regret, le législateur permettait aux particuliers d'user de la loi du plus fort, d'aller à l'encontre de ce principe qu'on ne se fait pas justice à soi-même, c'était qu'il entendait bien n'accorder ces dérogations que dans quelques situations dignes d'intérêt où il s'est résolu à grand peine à les admettre (2).

Nous nous refusons à adopter cette notion de la

1. Rautér, *Revue de législation*, 1839, p. 430.

2. Olier, *op. cit.* p. 159, 160.

réten tion ; sans doute elle repose sur un fait : la possession ou la détention de la chose d'autrui, et elle s'exerce également par un fait : le maintien du créancier dans cette situation, mais ce fait est autorisé par la loi moyennant l'existence de certaines conditions et constitue bien par conséquent une voie de droit au même titre que les autres droits qui ont pour base la possession d'une chose.

Pour déterminer par quelles voies juridiques s'exerce la réten tion, il faut distinguer selon les divers cas qui peuvent se présenter. Nous les rangerons sous trois hypothèses : action en justice tendant à la reprise de la chose ; troubles apportés à la possession du réten teur, dépossession.

1^{re} Hypothèse. Action tendant à la reprise de la chose.
La réten tion consistant dans la faculté accordée au créancier de se refuser à se dessaisir de la chose du débiteur doit s'exercer par voie d'exception, elle ne constitue pas un moyen de défense au fond. Le réten teur ne conteste en aucune façon le droit du demandeur à la restitution de la chose il soutient seulement qu'il a fait des impenses à l'occasion de cette chose et qu'il a le droit de la conserver jusqu'à ce qu'il soit complètement indemnisé de ses déboursés.

Mais s'il y a là une exception, il faut dire qu'elle constitue une exception *sui generis* ne rentrant dans aucune des catégories reconnues. Elle se rapproche davantage des exceptions dilatoires tendant comme elles à différer

la poursuite ; elle s'en distingue en ce qu'elle n'est soumise à aucun délai déterminé et qu'il dépend toujours du demandeur à qui on l'oppose de la faire cesser à un moment quelconque en désintéressant le défendeur.

2^e Hypothèse. *S'agit-il d'un simple trouble?* Il semble bien que le rétenteur n'a aucun moyen juridique pour protéger sa possession et en assurer la tranquillité.

En matière mobilière, les articles 3, 2^e du Code de procédure civile et 6, 10 de la loi du 25 mai 1838 nous montrent que les actions possessoires sont hors de cause et par conséquent que la seule protection du rétenteur de meubles consisterait dans l'article 2279 du Code civil.

En matière immobilière certains auteurs accordent la plainte au créancier rétenteur (1). Il semble bien pourtant que l'article 23 du Code de procédure civile en exigeant que l'on ait une possession à titre non précaire la lui refuse par cela même ; de plus une possession paisible est indispensable à celui qui possède *animo domini* puisqu'il ne pourrait arriver sans cela à la prescription et on comprend qu'il ait l'exercice de l'action possessoire, tandis que le rétenteur qui ne détient que comme garantie de sa créance et ne peut user de la chose n'en a pas un aussi grand besoin.

Au lieu d'un simple trouble, y a-t-il emploi de la violence, le rétenteur se trouve dans le cas de légitime défense il peut donc user de tous les moyens possibles et recourir à l'emploi de la force si cela est nécessaire.

1. Cabrye, *op. cit.* n^o 93 ; Guillouard, *op. cit.* n^o 102.

3^e Hypothèse. *Dépossession.* Il faut distinguer suivant que la dépossession résulte d'un abandon volontaire du rétenteur ou qu'elle est la conséquence d'un fait indépendant de sa volonté.

En cas de restitution volontaire de la chose, le créancier perd tout droit à la rétention ; la détention est en effet, nous l'avons vu, une des conditions requises pour pouvoir user de cette garantie, mais il ne perd pas pour cela sa créance (article 1286 C. civil) ; il pourra donc actionner son débiteur en remboursement, seulement il ne sera plus qu'un simple créancier chirographaire.

On peut toutefois se demander si, au cas où ce serait par ignorance de son droit de rétention que le créancier aurait restitué le bien du débiteur qu'il détenait, il ne pourrait pas, une fois son erreur découverte, demander à recouvrer la possession ainsi abandonnée par erreur ?

Un auteur répond à cette question par l'affirmative en s'appuyant sur la théorie du paiement de l'indu où la restitution est admise par cela seul qu'il y a absence de dette et paiement par erreur (article 1235, C. civil). Ces deux conditions se rencontrent dans notre hypothèse ; de plus, ajoute-t-il, l'erreur de droit peut servir de base à la répétition comme l'erreur de fait (1).

Nous ne pouvons souscrire à ces raisons : il n'y pas là paiement de l'indu ; on pourrait plutôt dire qu'il y a paiement avant terme. Or, dit l'article 1186 du Code civil, « ce qui a été payé d'avance ne peut être répété ».

1. Nicolas, *De la rétention*, n^o 184.

Toutefois en vertu de l'article 2102-4° du Code civil le vendeur de meubles qui a livré la chose vendue peut, nous l'avons vu en étudiant le droit de rétention du vendeur, revendiquer cette chose sous certaines conditions. Nous avons décidé qu'il y avait là au profit du vendeur une revendication du droit de rétention.

2. *Dépossession involontaire.* — S'agit-il d'un meuble, on applique les principes de l'article 2279, c'est-à-dire qu'il faut refuser toute action possessoire au rétenteur et lui accorder la revendication contre les usurpateurs de mauvaise foi et même contre des tiers de bonne foi en cas de vol et de perte pendant trois ans, il devra dans ce dernier cas rembourser le prix d'achat si ces personnes ont acheté la chose dans un marché ou une foire (nouvel article 2280 C. civ. 2° alinéa).

Cette interprétation de l'article 2279 en faveur de ceux qui réclament un droit réel sur un meuble, quoique controversée est la plus généralement admise. Elle s'accorde très bien avec la disposition de l'article 2102-1° *in fine* qui n'est pour nous qu'une application de l'article 2279. Cet article donne au bailleur en plus de son privilège s'exerçant sur le prix, la revendication pendant 15 ou 30 jours pour protéger son droit de rétention sur les meubles contre les déplacements faits sans son consentement par son locataire ou fermier. La différence du délai accordé dans ces deux hypothèses vient de la différence de situation. Les objets garnissant l'immeuble faisant partie d'un ensemble seront plus aisément con-

fondus une fois sortis de l'immeuble, de plus on peut supposer que si le bailleur ne revendique pas tout de suite, c'est qu'il estime que les meubles qui restent sont suffisants pour assurer le recouvrement de sa créance (1).

S'agit-il d'un immeuble? On s'accorde généralement à reconnaître que le rétenteur dépossédé pourra recourir à la réintégrande, action possessoire accordée aux simples détenteurs comme aux possesseurs de bonne et de mauvaise foi qui ont été dépouillés par voie de fait de l'immeuble ou de la jouissance d'un droit réel immobilier que leur possession soit annale ou non. Si cette solution constante en jurisprudence pouvait laisser des doutes en présence de l'article 23 du Code de procédure civile il faut remarquer que l'article 2060 du Code civil la donne en dehors des conditions du Code de procédure.

La réintégrande doit, comme toute action possessoire, être intentée dans l'année à partir de la dépossession, mais d'autre part, comme elle est réelle, on peut s'en servir contre tout détenteur actuel de l'immeuble, fût-il un tiers possesseur de bonne foi.

§ 2. — **Des effets du droit de rétention.**

Il faut distinguer les effets du droit de rétention suivant que ce droit est opposé au débiteur lui-même, ou à des créanciers chirographaires, ou à des créanciers privilégiés ou hypothécaires du débiteur ou à des tiers acquéreurs de l'immeuble.

1. Valette, *Priv. et Hyp.*, n^{os} 49 et 70.

1. *Effets de la rétention à l'égard du débiteur lui-même.* — Il s'agit ici de déterminer quels sont les droits et obligations du créancier détenteur vis-à-vis du débiteur.

Droits. — Le premier droit du rétenteur et on peut dire le seul droit qui lui appartienne de par sa qualité de rétenteur, c'est de garder par devers lui la chose du débiteur jusqu'à ce qu'il soit entièrement remboursé. En somme il a le même droit sur cette chose que le créancier gagiste sur le meuble affecté à son droit de gage, que le créancier antichrésiste sur l'immeuble donné en nantissement.

Ce droit, nous l'avons vu, il peut le céder à condition de céder en même temps la créance qu'il garantit. Il peut également user de la chose retenue comme d'un moyen de crédit en cédant l'exercice de son droit de rétention à l'un de ses créanciers comme garantie de sa propre dette, mais, bien entendu, une telle cession n'aurait d'effet qu'entre les parties et le sort de ce sous-gage resterait toujours soumis au sort de la créance primitive.

Le rétenteur a comme tout créancier, le droit de faire saisir et vendre la chose de son débiteur qui refuse de s'acquitter de sa dette à son égard ; seulement, comme en vertu de l'article 2094, il n'a aucun droit de préférence sur le prix, il ne viendrait dans ce cas à la distribution des deniers que comme simple chirographaire, il perdrait sa garantie, sa sûreté. On ne peut guère par conséquent considérer ce droit comme découlant de la rétention.

Tels sont les seuls droits du rétenteur ; il ne peut se servir de la chose puisque le créancier gagiste lui-même n'a pas ce droit. Il en était déjà ainsi pour ce dernier dans notre ancien droit (1) ; — les travaux préparatoires et notamment le discours du tribun Gary au Corps législatif le disent également d'une manière formelle. Enfin l'article 2079 rapproché de l'article 1930, en nous disant que le créancier gagiste n'a pas sur la chose donnée en gage plus de droits qu'un dépositaire sur la chose remise en dépôt, nous montre bien que le rétenteur dont les droits sont moins étendus n'a pas le droit de se servir de la chose qu'il détient.

Quels droits doit-on reconnaître au rétenteur sur les fruits produits par la chose détenue ?

Le rétenteur ne pouvant user de la chose ne peut *a fortiori* faire les fruits siens ; ce n'est du reste pas un possesseur de bonne foi, au sens de l'article 550, du Code civil, il lui manque toujours l'*animus domini*.

On a soutenu qu'il devait percevoir les fruits et qu'il devait les imputer d'abord sur les intérêts de sa créance, si sa créance est productive d'intérêts puis sur le capital (2). On invoque, à l'appui de cette décision : des textes romains, permettant au créancier gagiste d'imputer les fruits sur sa créance (3) disposition que reproduit

1. Pothier, *Nantissement*, n° 43.

2. Dalloz, *Rép. Rétention*, n° 63.

3. Fr. 5, § 1, D. *ut in possess. legatorum seu fideic.*, XXXVI, 4, p. 10, *De distract. pign.* D. XX, 5 ; C. 3, C. *De pign. act. vel contra*, IV, 24.

l'article 2081 du Code civil qui déclare que lorsque l'objet donné en gage est une créance productive d'intérêts, le créancier doit imputer ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus, et cette considération que si on lui défend de percevoir les fruits ou ils périront ce qui entraînera une perte pour le débiteur sans aucune utilité pour le créancier ou il faudra permettre au débiteur de venir les percevoir, ce qui rendra le droit de rétention tout à fait illusoire.

On répond avec raison : 1^o que les textes romains invoqués ont trait uniquement à la rétention conventionnelle, qu'ils n'accordent pas une faculté mais qu'ils imposent au créancier gagiste qui a perçu les fruits l'obligation de les imputer sur ce qui lui est dû, obligation qui devrait résulter vraisemblablement d'une clause spéciale autorisant le créancier à les percevoir ; que d'autres textes du droit Romain défendent expressément au créancier gagiste de jouir et de se servir de la chose (1) ; 2^o que pour ce qui est de l'art. 2081 c'est une dérogation à l'article 2079 qui assimile le droit du créancier gagiste à celui du dépositaire et que, comme toute dérogation, il doit être strictement limité à l'hypothèse qu'il prévoit. Cette disposition exceptionnelle se conçoit d'ailleurs très bien car il s'agit du gage d'une créance dont les intérêts sont toujours faciles à calculer, — de plus permettre au rétenteur de faire ainsi lui-même l'imputation peut être dangereux et n'est-ce pas lui accorder

1. Fr. 54, D. *De furtis*, XLVII, 2 (Gaius).

un paiement par privilège sur ces fruits contrairement à l'article 2094 ; 3° qu'il n'est pas exact de dire que la rétention deviendra illusoire même si on refuse au créancier cette faculté ; le débiteur n'en restera pas moins gêné n'ayant ni l'administration ni la libre disposition de sa chose.

On décide donc que le rétenteur ne pourra pas imputer les fruits de la chose sur ce qui lui est dû, mais on lui reconnaît le droit de les percevoir. On admettait déjà à Rome ce principe : que les fruits du gage en font partie (1) et il en était de même dans notre ancien droit (2) ; ce principe doit également être admis aujourd'hui : les produits d'une chose avant leur séparation faisaient partie de la chose et étaient soumis comme elle au droit de rétention ; ils doivent suivre le même sort après leur séparation (3). Le créancier rétenteur aura donc le droit de les conserver comme la chose elle-même jusqu'à ce qu'il soit complètement désintéressé.

Que faudra-t-il décider pour les fruits qui sont de telle nature qu'ils ne peuvent être conservés sans détérioration ?

Le rétenteur étant tenu comme tout détenteur d'administrer la chose en bon père de famille ne devra pas laisser périr ces fruits ; il devra ou les remettre au débi-

1. Fr. 13, *De pig. et hyp.* D. XX, 1 ; p. 3, *In quibus causis pign* CV, 36.

2. G. Rousseaud de la Combe, *Jurispr. civ.*, Gage, n° 6.

3. Troplong, *Nantissement*, n° 84.

teur à la charge par celui-ci de lui fournir une sûreté équivalente ou, sur le refus du débiteur, les vendre et conserver le prix ainsi obtenu à titre de rétention.

Obligations. — L'obligation principale du rétenteur est de rendre la chose retenue avec tous ses accessoires dès qu'il est payé de sa créance et des impenses qu'il a dû faire sur la chose. Faute par lui de pouvoir rendre la chose et à moins qu'il ne puisse prouver qu'elle a péri par cas fortuit et sans sa faute il sera condamné à des dommages-intérêts envers le propriétaire.

Le propriétaire, tant qu'il ne s'est pas acquitté de sa dette et bien que sa chose soit entre les mains du créancier peut quand même en disposer, mais il ne peut l'aliéner que grevée du droit de rétention. Une fois sa dette payée, il a toujours pour contraindre le rétenteur à lui restituer sa chose l'action en revendication, et il peut en user également contre ses successeurs universels et cela, quel que soit le délai écoulé, puisque ce ne sont que des détenteurs précaires. Contre des tiers, s'il s'agit d'un meuble, il ne peut agir que dans les limites de l'article 2279, et si c'est un immeuble pendant dix ou vingt ans ou pendant trente ans suivant qu'il s'agit de possesseurs de bonne ou de mauvaise foi.

Le propriétaire peut avoir encore contre le rétenteur une action personnelle si le droit de rétention du créancier a pris naissance en vertu d'un contrat.

De cette obligation principale de restituer la chose après paiement découle pour le rétenteur l'obligation de

veiller à la conservation de la chose en bon père de famille, détenteur de la chose d'autrui il est responsable des pertes et des détériorations provenant de sa faute ou simplement de sa négligence (article 1137 C. civil).

Effets du droit de rétention à l'égard des tiers. — Les effets du droit de rétention diffèrent selon la nature que l'on reconnaît à ce droit, aussi croyons-nous utile de rappeler brièvement ici le système que nous avons adopté. Pour nous la rétention est avant tout le droit pour le créancier qui en est investi de demeurer en possession de la chose d'autrui jusqu'à son entier désintéressement : droit réel, droit opposable à tous. D'autre part, la rétention ne constituant pas un privilège ne donne aucun droit de préférence et n'est armée d'aucun droit de suite. Ce qui lui donne sa physionomie toute spéciale, ce qui fait d'elle une sûreté d'un genre tout particulier, c'est ce droit absolu de rester en possession de la chose qui sert de garantie à la créance.

Nous distinguerons trois catégories parmi les tiers : les créanciers chirographaires, les créanciers hypothécaires et privilégiés, les acquéreurs.

Créanciers chirographaires. — Ils n'ont sur les biens de leurs débiteurs que les mêmes droits que ce débiteur lui-même. Nous avons vu dans notre introduction que la date des créances n'avait à leur point de vue aucune importance ; il n'y a point par conséquent de distinction à faire entre eux, et il faut décider que le droit de rétention leur est toujours opposable comme au débiteur lui-même.

Si le rétenteur prenait l'initiative des poursuites contre le débiteur et faisait vendre la chose objet de son droit, il perdrait, comme nous l'avons déjà dit, la détention qui seule formait sa sûreté, il deviendrait simple chirographaire et par suite viendrait au marc le franc sur le prix de cette chose.

Mais si c'est un autre créancier chirographaire qui intente les poursuites que faut-il décider ? le droit de rétention est-il incompatible avec le droit de saisie des créanciers chirographaires ?

Trois systèmes ont été soutenus sur cette question :

Dans un premier système on prétend que le droit de rétention ne peut en aucun cas faire d'obstacle au droit de saisie qu'ont les autres créanciers, et on s'appuie sur l'article 609 du code de procédure civile qui, prévoyant ce cas, permet seulement au locateur de faire opposition sur le prix provenant de la vente : « les créanciers du saisi, pour quelque cause que ce soit, même pour loyers, dit cet article, ne pourront former opposition que sur le prix de la vente. » Il résulte de là que le droit de rétention du locateur n'est pas pris en considération, c'est seulement en tant que créancier privilégié qu'il pourra se faire payer sur le prix de la vente, or l'article est conçu dans les termes les plus généraux, bien que ne parlant expressément que du locateur il s'applique donc à tous les créanciers rétenteurs. Si l'on adoptait ce système, il faut avouer que le droit du rétenteur serait réduit à bien peu de chose ; il pourrait ainsi, sans avoir été payé, être

contraint à se dessaisir de la chose détenue ; et, comme il n'a aucun droit de préférence à faire valoir pour faire opposition sur le prix de la vente, il serait bien aisément réduit à la condition d'un simple créancier chirographaire.

L'article 609 du code de procédure, base de ce système, ne vise pas les rétenteurs. Le locataire n'a pas à proprement parler de droit de rétention, il a un privilège sur les meubles garnissant la maison ou la ferme louée, privilège qui ne subsiste qu'autant que la chose reste entre les mains de son débiteur ; il lui suffit, pour conserver son droit de préférence, que cette possession existe encore au moment où la saisie est pratiquée. Cet article ne concerne en rien le droit de rétention, il vise uniquement le cas de créanciers privilégiés qui voudraient s'opposer à la vente ; il leur refuse cette faculté, considérant que leurs droits sont suffisamment sauvegardés puisqu'ils n'en seront pas moins payés par préférence sur le prix.

Aussi un deuxième système diamétralement opposé à celui que nous venons de réfuter soutient-il que le droit du rétenteur s'oppose à la saisie des autres créanciers. Sans doute les effets mobiliers qui se trouvent dans la détention d'un tiers peuvent être saisis-arrêtés par les créanciers, mais le droit de saisie-arrêt suppose que le débiteur avait la libre disposition de la chose : or, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un droit de rétention, le débiteur ne peut pas alors retirer l'objet retenu

sans rembourser le montant de sa dette ; ses propres créanciers qui ne peuvent pas avoir plus de droits que leur débiteur, ne peuvent pas exercer leur droit de saisie à l'encontre du rétenteur sans le payer. Ce qui prouve bien qu'il en est ainsi, c'est qu'au cas de faillite le syndic agissant pour les créanciers qu'il représente ne peut dégager la chose, à moins de rembourser la créance que garantit le droit de rétention (article 547, C. co).

S'agit-il d'un immeuble, l'impossibilité de pratiquer la saisie sans rembourser le rétenteur est encore plus évidente, les créanciers ne pouvant en effet (articles 681 et 712 du Code de procédure civile), saisir que les immeubles actuellement en la possession du débiteur propriétaire et d'autre part la saisie arrêt étant hors de cause quand il s'agit d'immeubles (articles 557, 578, 539 C. pr. civ.). Dans ce cas encore les créanciers pourront simplement, agissant en vertu de l'article 1166 du Code civil, au nom de leur débiteur, rembourser la créance du rétenteur et recouvrer de cette manière la libre disposition de l'objet détenu.

Il faut rejeter également ce deuxième système. L'article 547 du Code de commerce dit simplement que si les syndics trouvent avantageux pour la faillite de faire rentrer en nature dans la masse les objets donnés en gage à un créancier, ils peuvent le faire en payant le montant de la créance ainsi garantie, mais il ne dit nullement qu'il ne leur est pas possible, s'ils le préfèrent, de faire procéder à la saisie ou à la vente de l'objet engagé, et ne

traite pas cette question. Il n'est pas non plus exact de prétendre que les immeubles d'un débiteur ne peuvent pas être saisis entre les mains de tierces personnes, la loi ne défend cette saisie que si la propriété de ces immeubles est contestée ou litigieuse (1), et tel n'est point le cas quand il s'agit de rétention; le rétenteur, nous le savons, ne conteste pas la propriété du débiteur, il prétend simplement conserver sa chose jusqu'au paiement de sa créance.

Nous avons ainsi admis que les droits du rétenteur étaient plus étendus que ne le reconnaît le premier système; nous décidons à l'encontre du second que le droit de saisie des créanciers subsiste néanmoins, et nous prétendons, avec un troisième système, concilier ces deux droits qui paraissent à première vue contradictoires.

Il faut dire que le droit de rétention ne fait pas plus obstacle au droit de saisie des créanciers qu'il ne s'oppose à la vente de la chose détenue par le débiteur lui-même; seulement l'acquéreur ou l'adjudicataire ne pourront obtenir la livraison de cette chose, ne pourront entrer en possession effective de l'immeuble qu'après que le rétenteur aura été intégralement payé. — De là la nécessité pour eux de laisser ce créancier prélever le montant de sa créance sur le prix de la vente ou de l'adjudication; on arrive à ce résultat dans la pratique en faisant insérer une clause dans le cahier des charges, s'il s'agit d'un immeuble, dans les affiches et annonces, s'il s'agit d'un meuble.

1. A. 2204, C. civ.

C'est ce dernier système qui l'emporte en doctrine et en jurisprudence (1).

Faisons remarquer que la faillite du propriétaire de la chose n'a aucune influence sur le sort du droit du créancier rétenteur. Cela résulte d'une façon indubitable des articles 1663 du Code civil et 577 du Code de commerce (2). Créanciers privilégiés et hypothécaires — Créanciers hypothécaires. — D'après l'opinion la plus généralement admise, on doit distinguer selon la date de l'inscription de l'hypothèque.

Ce droit de rétention serait opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs et n'aurait aucune valeur à l'égard des créanciers dont l'hypothèque aurait été antérieurement inscrite. — On raisonne en se fondant sur l'interprétation que l'on donne généralement de l'article 2091 du Code civil en matière d'antichrèse, interprétation que nous avons admise nous-mêmes. Le droit du créancier antichrésiste n'est opposable qu'aux créanciers dont l'hypothèque a été inscrite postérieurement; or il s'agit là d'un droit de rétention conventionnel, ses effets doivent être étendus à la rétention légale. Cet article 2091 n'est en effet que la conséquence d'un principe plus général en vertu duquel le propriétaire d'un immeuble ne peut

1. Aubry et Rau, III, p. 256 bis, p. 149; Cabrye, *op. cit.*, n° 76; Pont, *op. cit.*, nos 1294 et s.; Cass., 24 mars 1851, S. 51. 4. 305 et 8 déc. 1868, D. 69. 4. 76. *Contrà* Cass., 3 juillet 1834.

2. Aubry et Rau, *même passage*. Lyon, 27 août 1849, S. 49. 2. 537; Paris, 22 janv. 1856, D. 56. 2. 94; Metz, 23 juin 1857, S. 58. 2. 328; Trib. Rouen, 11 fév. 1870, S. 70. 2. 333.

porter atteinte aux droits réels qui le grèvent, pourvu que ces droits aient été conservés dans les formes et suivant les formalités requises (1).

Néanmoins, nous préférons l'opinion contraire qui soutient que le droit de rétention est opposable aux créanciers hypothécaires, quelle que soit la date de leur sûreté. Nous croyons avoir démontré qu'il en était ainsi dans l'ancien droit. Nous avons fait observer que tous les passages de Dumoulin, ayant trait à la question, à l'exception d'un seul, ne faisaient aucune distinction entre les créanciers hypothécaires antérieurs et postérieurs, et que l'unique passage qui faisait au contraire cette distinction, se rapportait à la rétention conventionnelle pure et simple. Or, nous admettons encore aujourd'hui que la rétention purement conventionnelle ne serait pas plus opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs, que le droit de rétention issu du contrat d'antichrèse, car il s'agit là de droits que confère le débiteur lui-même, et nous admettons avec l'opinion que nous combattons, qu'il ne peut dépendre de la seule volonté d'annihiler des droits réels appartenant à d'autres créanciers. Mais ce que le débiteur ne peut pas faire, la loi le peut. C'est ce qu'elle fait au moyen des privilèges qui, bien que nés postérieurement aux hypothèques, peuvent néanmoins les primer. C'est ce qu'elle a fait pour le droit de rétention. Ce droit consiste, en

1. Aubry et Rau, III, p. 256 bis, p. 419 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss.*, n° 249 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 114.

effet, dans la faculté donnée au créancier, sous certaines conditions, de détenir la chose d'autrui jusqu'à ce qu'il soit remboursé ; ce droit est absolu et doit s'appliquer sans distinction à l'égard de tous. Le Code civil n'a en rien modifié ce caractère que notre ancien droit reconnaissait à cette institution, les textes qui accordent la rétention légale, le font de la manière la plus large et sans aucune distinction (1).

Créanciers privilégiés. — Ce qui montre bien la logique et l'exactitude de cette solution, c'est l'embarras où se trouvent les partisans de l'opinion contraire pour faire concorder leur solution avec les droits que l'on doit reconnaître aux créanciers privilégiés. Les privilèges, en effet, *non ex tempore sed ex causa æstimantur*, le critérium que l'on appliquait aux créanciers hypothécaires fait donc défaut ici.

Pour échapper à cette difficulté, M. Glasson déclare que l'on doit, en l'absence de tout texte sur la question « décider par application du principe de la réalité du droit de rétention que le rétenteur prime tous les créanciers privilégiés et peut leur opposer son droit. » (2)

Cette solution est la condamnation du système qui lui a donné naissance ; sans doute les privilèges ne se classent pas par rang de date, mais en raison de la faveur toute particulière attachée aux diverses créances qu'ils garantissent. C'est pour permettre aux personnes qui en

1. En ce sens, Cabrye, *op. cit.*, n. 82.

2. M. Glasson, *op. cit.*, p. 105 et s. Mourlon. *Ex. crit.*, n° 221.

sont investies de primer les créanciers hypothécaires dont la sûreté est antérieure en date.

Comment s'il en est ainsi admettre d'une part que les créanciers hypothécaires dont l'hypothèque est inscrite antérieurement à la naissance du droit de rétention ne pourront se voir opposer ce droit, et que d'autre part tous les créanciers privilégiés quelque favorable et intéressante que puisse être leur créance et quelle qu'en soit la date seront tenus de le respecter (1).

D'autres auteurs reproduisent ici la même distinction qu'à propos des créanciers hypothécaires : s'agit-il de privilèges ayant pris naissance sur l'immeuble avant le droit de rétention, ce droit ne leur est pas opposable, s'agit-il au contraire de privilèges qui n'ont frappé l'immeuble qu'à un moment où le droit de rétention existait déjà la création d'un tel privilège ne peut porter atteinte au droit réel du créancier rétenteur (2). Comme pour les privilèges l'inscription n'a d'influence que pour leur conservation ; c'est à la date même où le privilège a frappé l'immeuble et non à la date d'inscription qu'il faut s'attacher pour faire la distinction.

Cette solution est plus logique, mais elle a le tort de ne tenir aucun compte de la règle que les privilèges ne se classent pas en principe d'après la date de leur acquisition, mais bien au contraire d'après leur cause plus ou moins favorable.

1. Aubry et Rau *op. cit.*, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, *loc. cit.*

2. Guillouard, *op. cit.* n° 418.

Nous déciderons, de même que pour les créanciers hypothécaires, que le droit de rétention est opposable pour les mêmes raisons à tous les créanciers privilégiés sans distinction.

Tiers acquéreurs de l'immeuble. — Nous avons déjà vu en étudiant les conditions d'existence de la rétention légale que lorsqu'il s'agissait d'un meuble, bien certainement le créancier rétenteur pouvait repousser la revendication de l'acquéreur en vertu de l'article 2279 du Code civil.

Que décider lorsqu'il s'agit de tiers acquéreurs d'un immeuble ?

On fait ordinairement la même distinction que pour les autres droits réels, le titre de l'acquéreur n'a-t-il été transcrit que postérieurement à la naissance du droit de rétention, ce droit lui sera opposable ; la transcription du titre de l'acquéreur a-t-elle au contraire précédé la naissance du droit de rétention ce droit sera sans effet à l'encontre de l'acquéreur.

M. Guillouard fait dans ce dernier cas une sous-distinction si la créance du rétenteur est pour travaux nécessaires ou utiles faits sur l'immeuble, de telle sorte que le rétenteur soit créancier direct du nouvel acquéreur, il aura contre lui le droit de rétention dans la mesure où il l'avait contre le vendeur.

Si, au contraire, il « s'agit par exemple de travaux voluptuaires exécutés par un mandataire de l'ancien propriétaire et dans l'ignorance ou il aurait été de la vente,

ce mandataire n'a de créance que contre son mandant, et il ne jouira pas du droit de rétention contre le nouvel acquéreur qui était propriétaire de l'immeuble *erga omnes* avant ces travaux (1). »

Nous adoptons la même opinion que pour les créanciers privilégiés et hypothécaires et nous décidons que dans tous les cas, par cela seul que le créancier est investi d'une chose et que sa créance est connexe à cette chose son droit est absolu et opposable à tous sans distinction. C'était déjà la doctrine qu'adoptaient nos anciens auteurs et notamment Dumoulin lorsqu'il disait que le droit du rétenteur était réel « *quia præfertur omnibus proprietariis et directis et utilibus et omnibus creditoribus etiam hypothecariis etiam hypotheca cypressa nedum tacita.* » (2)

Avantages que présente la rétention pour le créancier qui peut en user. — Ayant déterminé les effets que l'on doit reconnaître selon nous au droit de rétention, nous pouvons examiner les avantages qu'il procure au créancier.

Sans doute la rétention n'est plus jamais comme cela se rencontrait à Rome, l'unique moyen pour un créancier de rentrer dans ses déboursés, mais pour avoir perdu de son utilité de ce chef elle n'en constitue pas moins pour celui qui en est investi une sûreté des plus précieuses. Outre que vis-à-vis du débiteur elle est un moyen de contrainte indirect le forçant à se libérer, elle

1. Guillouard, *op. cit.*, n° 418.

2. Dumoulin, *In consuet.* Par. tit. XI, p. 428, n° 17. *De succession.*

lui donne aujourd'hui comme déjà dans notre ancien droit une garantie de paiement qui peut être supérieure même à un privilège. Elle est opposable à tous d'une manière absolue, le créancier ne peut donc être dépossédé, de sorte qu'en s'armant de patience il est à peu près sûr d'être payé si, comme cela sera le cas le plus fréquent, la chose qu'il détient a une valeur supérieure au montant de sa créance. C'est bien pour cela que Pothier qui refusait la rétention au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, voulant tout de même lui accorder une sûreté équivalente, lui donnait à la fois un privilège et une caution.

Sous d'autres rapports le droit de rétention est inférieur aux autres sûretés réelles, ne donnant pas de droit de préférence il ne permet pas de prendre l'initiative des poursuites. D'autre part, il n'est muni d'aucun droit de suite et si le détenteur laisse faire la vente à la requête d'autrui sans faire ses réserves il perdra encore sa garantie par renonciation tacite.

Jointe à un privilège, la rétention sera d'une grande utilité pour le créancier privilégié, elle lui assurera d'être entièrement remboursé, même au cas où les autres créanciers voudraient faire saisir et vendre à un moment peu favorable, elle lui assurerait son complet désintéressement quand bien même la chose serait frappée d'un privilège d'un rang préférable au sien.

Si cette sûreté est avantageuse pour le détenteur, elle

n'est pas sans entraîner des inconvénients pour d'autres personnes :

Pour le propriétaire qui se trouve ainsi privé de la possession de la chose et dont le crédit est altéré souvent pour une dette bien inférieure à la valeur de cette chose :

Pour les autres créanciers du propriétaire dont le droit de saisie quoique respecté n'en est pas moins gêné, puisqu'il faudra indemniser totalement le rétenteur avant de pouvoir le déposséder.

CHAPITRE IV

DE L'EXTINCTION DU DROIT DE RÉTENTION

Comme tout droit accessoire le droit de rétention peut s'éteindre par voie de conséquence ou par voie principale.

Par voie de conséquence. — Le droit de rétention constituant comme nous l'avons montré, une sûreté, doit subir le sort de la créance qu'il garantit. On doit donc citer comme mettant fin au droit de rétention les divers modes d'extinction des créances : le paiement, la compensation, la remise de dette, la confusion

Une question importante se pose toutefois à propos de la prescription, une créance garantie par un droit de rétention peut-elle se prescrire ?

L'affirmative a été soutenue par M. Cabrye (1) et voici sur quels arguments il fonde son opinion. C'était la doctrine que soutenait Despeisses dans l'ancien droit ; sous l'empire de la législation actuelle, il est de principe que toutes les actions personnelles se prescrivent par trente ans (article 2262 du Code civil), il y a à cette règle trois

1. M. Cabrye, *op. cit.* n° 98.

sortes de dérogations : cette prescription ne court pas à l'égard de certaines créances (articles 2257 C. civ.) ; il y a des événements qui en suspendent ou en interrompent le cours (articles 2255 et s. Civ.), il est des personnes contre lesquelles elle ne court pas (a. 2251 et s. C. civ.)

L'énumération que fait la loi des diverses exceptions est limitative (art. 2251), ni la rétention ni le rétenteur n'y sont compris. C'est donc que la prescription court contre le rétenteur qui reste soumis à la règle générale de la prescription de trente ans. Les causes de suspension mentionnées dans l'article 2257 du Code civil ont pour cause unique l'impossibilité d'agir dans laquelle se trouve le créancier, et quand bien même l'énumération de cet article ne serait pas limitative, quand bien même l'ancienne maxime *contra non valentem agere non currit prescriptio* serait encore en vigueur le rétenteur ne pourrait pas l'invoquer car rien ne l'empêche d'agir contre le débiteur pour interrompre la prescription.

Le rétenteur ne peut pas non plus prétendre en invoquant l'article 2248 du Code civil que la possession que le débiteur lui a laissée constitue une reconnaissance tacite et continuelle de son droit : sans doute la reconnaissance du droit du créancier peut n'être que tacite de la part du débiteur, mais il faut qu'elle ne puisse laisser aucun doute sur l'intention, il faut qu'elle résulte d'une action, d'un fait *in committendo*, le caractère de la certitude ne se rencontre pas ici, on se trouve en présence d'une simple abstention pouvant provenir d'une toute autre cause que d'une reconnaissance de la dette.

Enfin la loi a établi cette présomption qu'au bout de trente ans écoulés le débiteur est censé s'être libéré, décider le contraire serait la remplacer par une présomption nouvelle qui pourrait aboutir à des injustices révoltantes. Il se peut fort bien que ce soit par erreur, par ignorance ou par négligence que le débiteur, après avoir payé, aura laissé la chose entre les mains du créancier, et en présumant alors qu'il n'a pas payé sa dette on pourra arriver à le contraindre à faire un second paiement s'il a perdu sa quittance ou s'il n'en a pas demandé.

Nous nous rallions sur cette question à l'opinion contraire qui est celle de la presque unanimité des auteurs et de la jurisprudence. C'était déjà l'opinion admise en droit romain, on la trouve dans une constitution de Justin (1). Sans doute dans l'ancien droit Despeisses (2) et Rousseaud de la Combe donnaient la solution opposée mais d'autres auteurs et notamment Claude Serres (3) étaient d'avis contraire et c'est cette dernière décision qu'entraîne l'article 2248 du Code civil. Aux termes de cet article en effet, la reconnaissance de la dette est une cause d'interruption de la prescription ; or, il n'y a pas de meilleure reconnaissance de la dette que de laisser le créancier en possession de la chose qui la garantit, sans doute c'est là une reconnaissance tacite ; mais une telle

1. Const. J, p. 5. C. *De prescript. trigenta vid. quadr. annis* VII, 39.

2. Despeisses, *Prescription*, t. 4, n° 23 ; G. Rousseaud de la Combe *Gage*, n° 29.

3. Cl. Serres, *Inst. du dr. français*, l. III, tit. 15, p. 4.

reconnaissance suffit d'après M. Cabrye lui-même. Il exige il est vrai un fait positif mais le texte de l'article n'indique en rien qu'il en doive être ainsi. D'ailleurs, quand bien même cette condition serait exigée, n'est-il pas évident que la possession de la chose du débiteur par le créancier présente bien ce caractère, n'a-t-elle pas en effet commencé nécessairement par la remise que le débiteur en a faite ? A ce moment il y a un fait actif et cette remise continue par cela seul que le débiteur ne réclame pas sa chose, on peut donc dire qu'il y a toujours un fait actif.

Notre système prétend-on a pour effet de repousser la présomption de libération qu'établit la loi par suite du fait de l'inaction du créancier pendant trente années. Mais quelle est la base de cette présomption ? C'est que pour être resté si longtemps sans agir, alors qu'il se trouvait dans toutes les conditions voulues pour pouvoir le faire, il faut que le créancier ait été payé ; son inaction durant un si long laps de temps serait sans cela inexplicable. Dans notre cas, au contraire, l'inaction du créancier se comprend très bien et est toute naturelle, il est en paisible possession du bien sur la détention duquel il compte pour se faire payer, il n'a donc rien qui le presse à agir ; si la prescription pouvait courir contre lui pendant ce temps, la sûreté que lui confère ainsi la loi constituerait pour lui un véritable piège.

On dit encore que cette solution amènera des iniquités révoltantes et que le débiteur pourra être contraint à

payer deux fois sa dette. Cette hypothèse se réalisera bien rarement et encore au seul cas de dépôt. Il pourra bien se faire, en effet, qu'un dépositaire devenu créancier du déposant ou son héritier demandant au bout de trente ans la restitution du dépôt, se voie opposer le prétendu non paiement de ces dépenses et ne pouvant invoquer la prescription, en soit réduit à un second paiement. Le déposant n'a qu'à s'en prendre à lui-même, il a été imprudent de ne pas s'être procuré une preuve quelconque de sa libération, de ne pas s'être fait délivrer de quittance par le dépositaire, alors que ne demandant pas à ce moment la restitution du dépôt, il savait pertinemment qu'un règlement de compte devrait intervenir ultérieurement. C'était aussi à lui à savoir à qui il s'adressait pour confier le dépôt. Enfin il lui reste comme dernière ressource, assez illusoire, il faut bien le reconnaître, le droit de déférer le serment au dépositaire.

Du reste le système opposé conduit à des injustices bien autrement flagrantes en fournissant au débiteur le moyen de tromper le créancier ; ce dernier rassuré par la garantie qu'il possède resterait de bonne foi dans l'inaction et, bien que n'ayant aucune négligence à se reprocher, se verrait, au bout de trente années, contraint de restituer sa garantie sans avoir pu obtenir le moindre paiement (1).

1. Duranton, *op. cit.* XVIII, n° 553 ; M. Glasson, *op. cit.* p. 164. Guillouard, *op. cit.* n° 422 ; Proudhon ; *usufruit*, II, n° 762 ; Troplong, *Nantiss.* n° 474 et 554 ; Cass., 27 mai 1812, ; Riom, 31 mai 1828.

Par voie principale. — Le droit de rétention s'éteint par voie principale .

1° Par la perte totale de la chose retenue: Si cette perte est due à la faute ou à la négligence du créancier rétenteur il devra en outre des dommages-intérêts.

2° Par la renonciation au droit de rétention. Cette renonciation peut être *expressis verbis*. Elle peut aussi être tacite.

Il y a renonciation tacite :

En cas d'abandon volontaire de la possession. Toutefois, dans deux cas nous l'avons vu, le rétenteur pourra reprendre sa chose et exercer à nouveau son droit de rétention, le premier cas aura lieu en vertu de l'article 2102 4° du Code civil, il s'agit de la revendication de la rétention accordée au vendeur d'effets mobiliers ; le second, prévu par l'article 576 du Code de commerce, reçoit son application en cas de faillite de l'acheteur.

Au cas où le créancier rétenteur prend l'initiative des poursuites devant aboutir à la saisie et à la vente de la chose qu'il détient (1).

3° Par l'abus que fait le rétenteur de la chose détenue, le créancier, nous l'avons dit, doit administrer la chose d'autrui qu'il détient en bon père de famille ; par suite si par son incapacité ou sa négligence il risquait de faire périr cette chose ou d'en compromettre la valeur, le propriétaire pourrait demander en justice à ce qu'il fût déchu de son droit.

4. Faisons remarquer une fois de plus que le créancier garderait intact l'exercice de son action en remboursement.

Le créancier, nous l'avons vu, n'a pas plus de droit sur la chose qu'il détient qu'un dépositaire sur l'objet qui lui est confié, s'il se servait de la chose le propriétaire pourrait encore demander à ce qu'il fut déchu de son droit.

On s'accorde à reconnaître une quatrième cause d'extinction de la rétention par voie principale. Au cas où le tribunal aurait fixé au rétenteur un délai pour faire liquider sa créance et que celui-ci n'aurait pas fait opérer cette liquidation dans le délai fixé, sans avoir pour ce retard de motifs plausibles, le tribunal pourrait le déclarer déchu de son droit. Nous avons vu que ce droit était expressément accordé au juge dans notre ancien droit, en dernier lieu par l'ordonnance de 1667, tit. 27.

CHAPITRE V

PRINCIPAUX CAS D'APPLICATION DE LA RÉTENTION EN DEHORS DES TEXTES.

De nombreux systèmes ayant été soutenus sur la question de l'étendue de la rétention, on est loin de s'entendre sur les cas d'application.

Nous avons déjà passé en revue au début de notre étude du droit français actuel les cas d'application formellement prévus par un texte formel et qui par suite sont admis par tous les auteurs.

Ayant admis que le droit de rétention existait par cela seul qu'une personne détenant la chose d'autrui était créancière à l'occasion de cette chose, nous nous trouvons amenés à reconnaître des cas d'application nombreux en dehors des textes. Nous allons étudier les principaux de ces cas.

I. Possesseurs de bonne et de mauvaise foi de l'immeuble d'autrui.

Les auteurs qui ont admis le système restrictif, ceux

qui estiment que le droit de rétention ne peut être accordé que lorsqu'il peut prendre sa source dans un contrat ou un quasi-contrat, ne peuvent que refuser la rétention à tout possesseur. Le silence de la loi est significatif, et il n'y a rien d'inique dans cette solution, dit-on, puisque le possesseur est armé d'une action en remboursement; il se trouve dans la position des créanciers ordinaires.

D'autres auteurs, et c'est l'opinion qui l'emporte en jurisprudence, le reconnaissent en faveur du possesseur de bonne foi seulement.

Pour nous, nous l'accordons à tout possesseur de l'immeuble d'autrui qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi.

Voyons d'abord pour quelles créances ce droit peut être accordé. Ecartons immédiatement les impenses voluptuaires, il est hors de doute que le possesseur ne peut avoir aucune action pour les recouvrer, ni par suite de droit de rétention pour lui garantir son paiement; il n'a que le droit de les enlever s'il peut le faire sans détériorer l'immeuble.

Pour les dépenses nécessaires, la qualité du possesseur n'est point prise en considération; peu importe qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, le propriétaire en doit toujours le remboursement intégral, quand même il serait supérieur à la plus-value qui en est résultée, quand même l'effet en serait entièrement détruit; il ne peut se plaindre de dépenses qu'il eût été lui-même obligé de faire, de dépenses sans lesquelles son immeuble eût péri.

Passons maintenant aux dépenses utiles ; c'est uniquement à cet ordre de dépenses qu'a trait l'article 555 du Code civil et c'est ici qu'il faut distinguer entre le possesseur de bonne et le possesseur de mauvaise foi.

S'agit-il d'un possesseur de bonne foi, le propriétaire ne peut jamais le contraindre à démolir les constructions et à enlever les matériaux ; mais il peut à son choix lui rembourser, soit le montant de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, soit le montant de la plus-value que ces plantations et améliorations ont procuré à son immeuble.

S'agit-il d'un possesseur de mauvaise foi, le propriétaire peut exiger la suppression des constructions et plantations aux frais de ce possesseur, sans avoir à lui payer la moindre indemnité et même en pouvant au contraire lui demander des dommages-intérêts si ces opérations lui font souffrir quelque préjudice ; mais s'il entend conserver les plantations et constructions, il devra rembourser au possesseur de mauvaise foi l'intégralité de ses débours.

Il semble à première vue que dans ce dernier cas la situation du possesseur de mauvaise foi est préférable à celle du possesseur de bonne foi. Ce dernier n'a droit dans cette même hypothèse qu'au remboursement de la plus-value qui peut être et sera le plus souvent bien inférieure à la dépense réelle. Il n'en est rien en réalité ; le possesseur de bonne foi est tout au moins sûr d'être indemnisé dans les limites de la plus-value ; le possesseur

de mauvaise foi placé entre l'alternative d'être réduit à enlever ses matériaux et à rétablir les choses dans leur état primitif, opération désastreuse pour lui, ou d'abandonner ses constructions et plantations moyennant indemnité, sera à la merci du propriétaire et consentira toutes les réductions qu'il plaira au propriétaire de lui faire subir de ce chef. En pratique, il sera donc moins bien traité; on peut toutefois regretter que le législateur ait obtenu ce résultat d'une manière aussi indirecte. et

Le possesseur de mauvaise foi sera encore dans une position désavantageuse au point de vue des fruits, tandis que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens et n'est par suite tenu d'aucun rapport, lui, sera au contraire tenu de subir la compensation de la valeur des fruits, qu'il a perçus ou qu'il aurait dû percevoir, puisque la loi l'en constitue débiteur, avec la créance résultant de ce qu'on lui doit pour ses impenses.

Faut-il maintenant accorder au possesseur le droit de rétention pour les créances qu'il possède et que nous avons déterminées ?

Possesseur de bonne foi. — Il faut lui accorder sans hésiter la rétention pour l'intégralité de ses dépenses nécessaires et la plus value de ses impenses utiles. Déjà le droit Romain, nous l'avons vu la lui accordait, il en était même la plus importante application comme il en était la plus ancienne. Nous avons vu que l'ancien droit avait fait de même ; des textes formels de plusieurs ordonnances que nous avons eu l'occasion de citer ; des passa-

ges de plusieurs de nos anciens jurisconsultes et notamment de Loyseau et de Pothier que nous avons déjà invoqués ne laissent pas subsister le moindre doute à cet égard.

Le Code civil ne donne pas cette solution d'une manière expresse, mais les termes qu'il emploie sont loin de l'exclure ; ce silence même montre bien qu'il a entendu la consacrer ; un aussi grand changement, après que l'un des rédacteurs, Portalis, avait dit dans son exposé des motifs au corps législatif : « Nous avons suivi l'esprit des lois Romaines », ne saurait avoir été ainsi opéré simplement par prétérition. Le Code civil reconnaît le droit de rétention dans des situations bien moins dignes d'intérêt : dans quel cas, en effet, ce droit paraîtrait-il plus équitable ? Voilà une personne, qui croyant légitimement avoir des droits sur une chose, l'a améliorée, l'a conservée ; le véritable propriétaire qui, lui, est en faute d'avoir ainsi négligé de s'occuper de sa chose, va pouvoir l'évincer, profiter de ses travaux et cela avant de l'avoir indemnisée si bien que s'il est insolvable le possesseur qui ne pouvait aucunement prévoir une telle éventualité, qui n'avait aucun moyen de se prémunir à l'avance contre cette insolvabilité, va se trouver réduit à ne toucher qu'un paiement partiel ou même à n'être pas indemnisé du tout, alors que le propriétaire ou les créanciers de ce propriétaire profiteraient de la plus value qui est son œuvre. C'est vraiment inadmissible.

Cette solution serait d'autant plus étrange que les au-

teurs du Code civil ont au contraire accordé un privilège pour le remboursement de ses frais de conservation au possesseur d'une chose mobilière (article 2102, 3° C. civil). S'ils n'ont pas donné la même solution pour les immeubles c'est qu'ils ont considéré que le possesseur serait suffisamment protégé par le droit de rétention ; lui refuser ce droit serait donc créer une anomalie sans raison.

De plus, en allant au fond des choses, on peut dire, tout au moins pour le constructeur, qu'il est propriétaire des constructions et cette idée a d'ailleurs été défendue dans les travaux préparatoires du code civil (1). Ce n'est que par des raisons d'utilité publique que l'on a rejeté cette conception qui aurait entraîné une copropriété gênante et féconde en difficultés pour admettre la théorie romaine de l'accession qui décide que tout ce qui est édifié sur le sol fait corps avec lui et que l'unique propriétaire est le propriétaire du sol. On a donc accordé au constructeur un simple droit de créance, mais encore faut-il reconnaître qu'on se trouve là en présence d'une créance d'une nature toute particulière et tout à fait digne d'intérêt. N'y a-t-il pas là en somme une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée et pour des motifs d'utilité générale et n'est-il pas par suite équitable que l'indemnité doive être préalable ?

C'est ce raisonnement que nous trouvons reproduit

1. Ferret, t. II ; Locré, t. VIII.

dans les considérants d'un jugement du tribunal de Rennes du 23 octobre 1857 (1).

«... Considérant que ce droit de rétention quoique non écrit dans notre code actuel pour le cas que prévoit l'article 555, est non seulement l'application du principe établi dans l'article 1612 (2), mais qu'il est la conséquence d'un principe général écrit dans nos dernières constitutions et qui domine toutes les dispositions de notre législation actuelle sur la dépossession forcée du légitime propriétaire, à savoir que cette dépossession ne peut avoir lieu sans paiement préalable à ce propriétaire de la juste indemnité à laquelle il a droit ;

Considérant que si l'Etat expropriant dans l'intérêt public doit souffrir lui-même, malgré sa solvabilité certaine l'application de cette règle, il en doit être ainsi à plus forte raison du simple particulier qui peut aliéner le lendemain de la dépossession du constructeur les matériaux qu'il l'a forcé de lui vendre en déclarant qu'il entendait les conserver à l'état de bâtiments et qui peut ainsi se rendre insolvable... »

Aussi voyons-nous l'immense majorité des auteurs re-

1. *J. du Palais*, 1859, p. 87 et s.

2. Ceci fait allusion à un autre considérant du jugement qui assimile le constructeur obligé à laisser les constructions au propriétaire moyennant indemnité à un vendeur forcé, et décide que par suite il peut argumenter de l'article 1612 du Code civil pour ne pas opérer la délivrance des constructions avant l'entier paiement du prix.

connaître le droit du rétenteur du possesseur de bonne foi (1). Quelques-uns même qui en vertu du système qu'ils ont adopté sur l'étendue du droit de rétention devraient le lui refuser décident par tempérament d'équité que si le propriétaire de l'immeuble ne présentait pas de garanties suffisantes de solvabilité, le tribunal pourrait subordonner l'exécution de la condamnation au délaissement, au paiement des sommes qui lui seraient dues (2), système très critiquable puisqu'il laisserait à l'arbitraire du juge la faculté de décider du sort d'une sûreté comme la rétention, alors que le juge n'a droit dans notre législation, que de prendre des mesures simplement provisoires et conservatoires.

C'est notre solution qui l'emporte également en jurisprudence (3) c'est elle également qui est consacrée législativement par le plus grand nombre des Codes des nations européennes et notamment de celles qui ont subi l'influence du Code civil (4).

1. Voir la liste des auteurs qui adoptent, sur la question de l'étendue de la rétention, la théorie du débiteur *cum re junctum* et que nous avons citée en note sous l'étude de cette théorie.

2. Aubry et Rau, *op. cit.* III, p. 256 bis, p. 119 ; Demolombe, *op. cit.*, IX, n° 582, X, n° 595 ; Proudhon, *Usufruit*, V, n°s 2616 et s.

3. Pau, 9 août 1837, S. 38. 2. 350 ; Rennes, 8 fév. 1841, S. 41. 2. 453 ; Cass., 25 mai 1852, S. 52. 1. 516 ; Montpellier, 25 nov. 1852, S. 53. 2. 191 ; Bastia, 9 juill. 1856, S. 56. 3. 404 ; Rouen, 18 déc. 1856, S. 57. 2. 558 ; Grenoble, 10 juill. 1860, *J. Pal.*, 61, p. 776 et S. 61. 2. 21 ; Cass., 22 déc. 1873, S. 74. 1. 72.

4. Codes civils : Portugais, art. 498 ; Espagnol, art. 453 ; du Tessin, art. 245 ; Italien, art. 706, 708, 709 ; de Zurich, art. 87 ; Projet de Cod. civ. allemand, art. 938.

Une difficulté se présente au cas où la plus value résultant des dépenses utiles faites par le possesseur de bonne foi est si considérable que le propriétaire se trouve dans l'impossibilité de la rembourser sans vendre son immeuble, difficulté que ne prévoit pas le Code civil. — Pothier décidait en pareil cas que le propriétaire pouvait reprendre sa chose à la charge de se constituer envers le possesseur débiteur d'une rente dont les arrérages étaient égaux à l'excédent des revenus provenant chaque année de la plus value créée par le possesseur. Cette rente était garantie par un privilège sur l'immeuble.

Cette solution a l'avantage de concilier les intérêts des deux parties et elle peut être encore admise en principe ; aujourd'hui nous déciderions donc que le propriétaire pourrait constituer cette rente et que jusque là le possesseur aurait le droit de retenir l'immeuble. Mais bien entendu le privilège dont parle Pothier ne pourrait pas exister dans notre législation, étant donné les termes absolus de l'article 2094 du Code civil ; il appartiendrait aux parties de stipuler une sûreté conventionnelle quelconque.

Possesseur de mauvaise foi. — Nous lui reconnaissons le droit de rétention pour ses impenses nécessaires et utiles. Des auteurs la lui accordent pour ses impenses nécessaires seulement, d'autres enfin la lui refusent dans tous les cas.

En droit romain nous avons vu que si à l'origine on lui refusait toute créance pour ses impenses même neces-

saires la solution contraire avait été adoptée plus tard ; quant à ses impenses utiles, la question est controversée, mais nous pensons qu'il n'eut jamais droit à leur remboursement. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que c'était alors le droit au paiement qui était en question et non le droit à la rétention. De même, dans notre ancien droit, on ne reconnut d'abord au possesseur de mauvaise foi que le droit au remboursement de ses seules impenses nécessaires, puis l'opinion qui l'emporta fut qu'il avait droit à être indemnisé de ses impenses utiles (1). Pothier décida qu'il y avait là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux : « Dans notre pratique, déclare ce jurisconsulte, on laisse à la prudence du juge à décider, suivant les différentes circonstances, si le propriétaire doit rembourser au possesseur de mauvaise foi des impenses utiles jusqu'à concurrence de ce que l'héritage revendiqué en est plus précieux ; il y a une mauvaise foi caractérisée et criminelle.... ; au contraire il y a des espèces de mauvaise foi qui ne sont pas criminelles et qui sont excusables. » (2) — Mais du moment qu'on lui reconnaissait le droit au remboursement on s'accordait à lui donner la garantie de la rétention.

Le code civil reconnaît le droit à une indemnité du possesseur de mauvaise foi pour ses impenses utiles

1. Guy Coquille, *Question* 198 ; Bourjon, *Dr. comm. de la France*, l. 6, tit. 4, Ch. 2, sect. 2, n° 9 ; Legrand sur Troyes, art. 202, gl. 1, n° 16 ; Lapeyrière, *D. décis.* 53, Rousseaud de la Combe, *Impenses*.

2. Pothier, *Propriété*, n° 347.

du moment que le propriétaire opte pour le maintien des travaux d'amélioration ; il a dû entendre lui en assurer le paiement par la garantie de la rétention tout comme pour le possesseur de bonne foi, la seule différence qu'il a voulu établir entre eux est relative au montant de l'indemnité. Cette créance ainsi limitée est d'ailleurs fondée en équité et il ne serait pas juste que le propriétaire ou les autres créanciers pussent s'enrichir aux dépens du possesseur. D'ailleurs n'y a-t-il pas réunies dans cette hypothèse, toutes les conditions que nous avons reconnues nécessaires pour l'existence du droit de rétention.

Ne pouvons-nous pas dire avec le jugement du tribunal de Rennes que nous avons déjà cité et qui accorde avec raison la rétention au possesseur de mauvaise foi tout comme au possesseur de bonne foi :

« Considérant que si l'on devait admettre que les constructions que Bouge prétend être en droit de retenir jusqu'au paiement des matériaux et de la main d'œuvre eussent été par lui édifiées de mauvaise foi, son droit à une indemnité représentative du prix n'en serait pas moins fondé ; que seulement la base sur laquelle devrait être calculée, cette indemnité pourrait être autre que s'il avait construit de bonne foi ; mais que dans l'un comme dans l'autre cas, il aurait pu également user de la rétention jusqu'à complet remboursement.

« Considérant que le principe ainsi appliqué a sa juste raison d'être dans l'égalité de position existant entre

parties réciproquement obligées l'une envers l'autre à raison d'une même chose et le droit qu'à chacune d'elles de se refuser à l'exécution de son obligation aussi longtemps que l'autre partie n'exécute pas elle-même son obligation corrélatrice, etc. »

Concluons donc en reconnaissant au possesseur de mauvaise foi la rétention; la logique du système du *debitum cum re junctum* que nous avons adopté sur la question de l'étendue de la rétention impose cette solution qui se justifie très bien en équité, au point de vue de la tradition historique de notre droit et de l'esprit du code civil (1).

Nous devons reconnaître que beaucoup d'auteurs tout en adoptant la doctrine du *debitum cum re junctum* s'accordent à refuser la rétention au possesseur de mauvaise foi. C'est aussi la solution qui l'emporte en jurisprudence (2).

La plupart des législations étrangères que nous avons citées comme accordant la rétention au possesseur de bonne foi, semblent, par leur silence, la refuser au possesseur de mauvaise foi. Le Code italien la lui refuse en termes exprès (art. 706) (3).

1. Demante, *Dr. civil*, II, n° 383 *bis* Duranton, *op. cit.* et n° 384 ; Demolombe, IX, n° 682 ; de Freminville, *Minor.* II, n° 729 ; M. Glas-son, *op. cit.*, p. Grenier, *Hyp.*, II, p. 85 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 75 ; Proudhon, *Domaine de propriété*, II, n° 569 ; Toullier, III, n° 130. Cass., 14 janv. 1852, S. 52. 1. 441 ; Rouen, 18 fév. 1854, S. 56. 2. 38 ; Paris, 4 mars 1858, S. 52. 2. 245.

2. Pau, 9 août 1837, S. 38. 2. 350 ; Cass., 25 mai 1852 S. 52. 1. 517 ; etc.

3. Le droit de rétention du possesseur de mauvaise foi, est con-

Bien entendu, nous reconnaissons également à tout possesseur le droit de retenir les fruits qu'il doit restituer, jusqu'à ce qu'il soit payé des frais qu'il a eus à leur occasion, frais de labours, de semences, de transport, d'octroi, etc. (art. 548 C. civ. — Cass., 15 janvier 1839).

II. Tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué ne peut répéter ses impenses que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration (article 2175 C. civ.).

Quelle est donc l'étendue de la créance du tiers détenteur ?

L'article 2175 ne vise-t-il que les dépenses utiles ou concerne-t-il également les dépenses nécessaires et décide-t-il alors que contrairement au droit commun d'après lequel ces impenses doivent être remboursées dans leur intégralité, dans l'hypothèse présente, elles ne seront remboursées au tiers détenteur que dans la mesure où elles ont procuré une plus-value à l'immeuble ?

La question est controversée ; cependant on admet généralement qu'en présence des termes absolus de l'article 2175 et étant donné qu'il s'agit ici de rapports du tiers détenteur non pas avec son vendeur, mais avec les créanciers hypothécaires qui poursuivent l'expropriation

sacré législativement par l'article 449 du Code civil du Bas-Canada, et par l'article 660 du Code civil de l'Uruguay.

et la vente de l'immeuble, c'est cette dernière interprétation qu'il faut adopter.

La créance du tiers détenteur se réduit donc à la plus-value que ses impenses ont procurée à l'immeuble, plus-value que l'on estime d'après la comparaison entre le prix auquel l'immeuble aurait été vendu dans son état primitif et la valeur qu'il possède au moment de la mise en adjudication.

Si la plus-value est supérieure à la dépense réelle, les créanciers hypothécaires ne seront tenus à payer que le montant de cette dépense. Tel est en effet le droit commun en matière d'impenses, et le but de la loi qui a voulu que les créanciers hypothécaires ne s'enrichissent pas aux dépens du tiers détenteur, se trouve ainsi rempli.

Ayant ainsi déterminé le montant de la créance du tiers détenteur, il nous faut voir, et c'est là la question qui doit nous occuper plus spécialement, quelle sera la garantie de sa créance?

Il n'existe pas moins de quatre systèmes sur cette question.

1^{er} Système. — Le tiers détenteur n'a pas le droit de rétention, mais sa créance est garantie par un privilège.

Telle était, en effet, la décision de Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code civil, qui l'adoptait après Loyseau, tout en reconnaissant que telle n'était pas la solution romaine. L'article 2175, ajoute-t-on, est rédigé

dans des termes qui montrent bien que c'est la doctrine qu'ont entendu suivre les auteurs du Code civil ; il n'y est pas parlé de rétention, mais bien de répétition, ce qui exclut toute idée de rétention.

On fait remarquer en dernier lieu que l'hypothèque s'étendant de plein droit aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué sans que l'article 2133 du Code civil distingue suivant qu'elles proviennent du fait du débiteur ou d'un tiers détenteur, le droit de rétention apporterait un grave obstacle à l'exercice du droit des créanciers hypothécaires.

Pour concilier les deux intérêts en présence, on refuse donc la rétention au tiers détenteur, mais on lui accorde par extension de l'article 2103 4° du Code civil un privilège sur le prix de l'adjudication résultant de ses impenses, comme à l'architecte (1).

Il faut rejeter ce premier système, l'article 2103-4°, est tout à fait spécial ; les privilèges sont de droit étroit et il n'est pas permis de les étendre au delà de l'hypothèse qu'ils prévoient (art. 2094). D'autre part, il n'y a aucune conclusion à tirer, à l'encontre de la rétention, de l'emploi du mot répéter. Répéter, c'est en effet demander peu importe par quelle voie, action ou exception, le remboursement de ce qui vous est dû.

2^e système. — Le tiers détenteur n'a ni privilège ni

1. Persil, *Régime hypothécaire*, II, art. 2175, n. 6 ; Grenier, *Hypothèques*, II, n. 336 ; Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. III, n. 836 ; Coulon, *Quest. de droit*, t. II, p. 159.

droit de rétention, mais il a le droit de se faire rembourser par voie de distraction sur le prix d'adjudication de la partie de ce prix qui correspond à la plus-value résultant de ses impenses. Pratiquement, pour arriver à ce résultat, on insérera dans le cahier des charges une clause obligeant l'adjudicataire à payer en sus de son prix le montant de la plus-value au tiers détenteur.

On reconnaît dans ce système que le tiers détenteur ne peut avoir de privilège, il ne peut avoir non plus de droit de rétention en l'absence d'un texte et de plus parce que l'article 2175 rapproché des précédents historiques et des principes de notre régime hypothécaire semble avoir voulu l'écarter. Toutefois la loi a du vouloir lui accorder quand même une garantie et on arrive à lui en conférer une en raisonnant ainsi : les créanciers hypothécaires ne doivent avoir aucun droit sur la plus-value que l'immeuble a acquise par le fait du tiers détenteur, il faut donc donner à ce dernier la portion du prix correspondant à cette plus-value, sans entraver le droit de poursuite des créanciers hypothécaires qui ne doit pas plus l'être par le tiers détenteur ayant cause du débiteur que par le débiteur lui-même, on arrive à ce résultat en lui permettant de prendre cette portion du prix par prélèvement ou distraction (1).

1. Aubry et Rau, t. III, p. 452 ; M. Bufnoir à son cours. Duranton, t. XX, n. 272 ; Guillouard, *op. cit.*, n. 95 ; Pont, *Priv. et Hyp.*, II, n. 1208 ; Thézard, *du Nantiss.* etc., n. 183 ; Bastia, 2 fév. 1846, S. 48. 2. 10 ; Bourges, 8 fév. 1854, S. 52. 2. 425 ; Cass. civ., 14 nov. 1881, D. 82. 1. 168.

Ce système aboutit à accorder sous un autre nom un véritable privilège au tiers détenteur et rien dans les termes de l'article 2175 n'autorise une pareille interprétation. De plus, il introduit dans l'article 2133 une distinction qui ne s'y trouve pas ; cet article décide en effet que l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations qui peuvent survenir ultérieurement à l'immeuble, sans distinguer selon qu'elles ont été créées par le débiteur ou par une autre personne. C'est un sentiment d'équité qui a poussé les auteurs de ce système à inventer ce droit de distraction.

3^e système. — Ce système, le seul logique du moment que l'on écarte le droit de rétention décide qu'en l'absence d'un texte le droit de répétition du créancier ne crée aucune exception à son profit et donne lieu à une simple créance chirographaire. Cette créance lui est donnée contre les créanciers hypothécaires et en effet l'article 2175 règle simplement les rapports du tiers détenteur non point avec le propriétaire duquel il tient l'immeuble mais avec les créanciers hypothécaires qui l'évincent. Il a donc comme unique ressource, usant de l'article 1166, de faire opposition entre les mains du tiers acquéreur ; si les créanciers hypothécaires ont d'autres dettes il concourra avec les autres opposants, s'il a été le seul à faire une saisie-arrêt il fera valider son opposition et touchera le montant intégral de sa créance (1).

1. Laurent, *op. cit.*, t. XXIX, n. 232 ; Murlon, *Ex. critique*, n. 232.

4^e système. — Le tiers détenteur jouit du droit de rétention jusqu'à l'entier remboursement de ses impenses. Cette solution, à laquelle nous nous rallions, s'impose à notre avis une fois admise la théorie du *debitum cum re junctum* comme mesure de l'étendue du droit de rétention; toutes les conditions requises pour avoir la rétention légale se trouvent bien en effet réunies dans cette hypothèse : il y a détention de la chose d'autrui, créance, connexité entre la chose et la créance. Pour qu'il en fût autrement il faudrait un texte formel pour la refuser ; or l'article 2175 se borne à fixer le *quantum* de la créance du tiers détenteur, il reste muet sur la question de la garantie ; c'est donc qu'il faut appliquer les principes généraux.

Cette solution était celle du droit romain (1) ; sans doute Loyseau et Pothier l'avaient écartée mais nous avons vu en étudiant l'ancien droit que d'autres auteurs l'avaient conservée.

De plus elle a pour elle l'équité : d'une part la créance du tiers détenteur est digne d'intérêt et d'autre part la rétention ne met en rien obstacle à l'exercice du droit d'expropriation des créanciers hypothécaires, — l'adjudicataire ne pourra pas déposséder le tiers détenteur avant de l'avoir remboursé ; il suffira de mettre une clause dans ce sens dans le cahier des charges.

1. Battur, III, n. 491-507 ; M. Colmet de Santerre, IX, n. 157 bis, III, p. 7 ; M. Glasson, *op. cit.*, p. 141 ; Merlin, *Rép. Privilèges*, sect. IV, n. 5 ; Tarrible, *Rép. Privilège*, sect. 4, n. 5 ; Pau, 9 août 1837, S. 38. 2. 350 ; Douai, 18 mars 1840, S. 40. 2. 289.

III. Fabricants ouvriers etc. ayant amélioré la chose mobilière d'autrui.

Nous ne visons bien entendu que l'hypothèse où l'ouvrier n'a fourni que son industrie.

Deux questions se posent à propos des fabricants, entrepreneurs, ouvriers, etc, à qui des objets mobiliers ont été remis pour être façonnés ou réparés, ont-ils un privilège? ont-ils un droit de rétention pour le paiement de leurs salaires?

Nous répondons sans hésiter qu'ils n'ont pas de privilège; sans doute il en était autrement dans notre ancien droit au dire de Pothier et on a bien prétendu qu'il fallait leur en reconnaître un en vertu de l'article 2102, 3° du Code civil qui déclare privilégiés les frais faits pour la conservation de la chose. Mais il s'agit dans le cas qui nous occupe de frais d'amélioration et les privilèges sont de droit étroit (1).

A la deuxième question, la seule d'ailleurs qui rentre dans notre sujet, nous répondrons qu'il faut reconnaître à ces personnes le droit de rétention étant donné qu'elles réunissent toutes les conditions requises pour pouvoir y prétendre; les partisans du système restrictif quant à l'étendue de la rétention la leur refusent tout naturellement.

1. Delvincourt, III, p. 505, p. 146, note 11; Persil, *Priv. hypothécaire*, sur art. 2102-3°, n. 2; Troplong, *Priv. et Hyp.*, n. 176; Cassation, 17 mars 1859; M. Glasson, *op. cit.*, p. 133.

Des difficultés peuvent se présenter quant à l'application de cette rétention, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une livraison unique ou de livraisons successives et suivant qu'il s'agit ou non de commandes distinctes.

Aucune difficulté ne se présente au cas de livraison unique. Il se peut encore que des matières premières ayant été livrées en une seule fois au fabricant ou à l'ouvrier, celui-ci après les avoir manufacturées entièrement en ait livré une partie seulement, il a alors le droit de retenir le restant des objets manufacturés pour la totalité de ses salaires ; c'est une conséquence du caractère d'indivisibilité du droit de rétention, conséquence qu'on trouve consacrée dans de nombreuses décisions de la jurisprudence. Ceci est d'ailleurs avantageux pour le commerce, le fabricant n'aura ainsi besoin de garder par devers lui et par suite de n'immobiliser qu'une partie des objets (1).

Il se peut que des matières aient été livrées en une seule fois et que l'entrepreneur ou l'ouvrier n'en ait élaboré qu'une partie et ait livré ces objets au fur et à mesure de la production. L'exécution du contrat se trouve suspendue sans faute de sa part, il faut décider qu'il pourra, bien qu'il n'ait pas travaillé ces matières premières,

1. Rouen, 17 déc. 1828, 25 fév. 1829, D. 30. 2. 157 ; S. 31. 2. 88 ; Aubry et Rau, III, p. 256 *bis*, p. 119 ; Baudry-Lacantinerie, et Loynes *Nantiss.* n. 244 ; Glasson, *op. cit.*, p. 58 et s. ; Troplong, *op. cit.*, n. 176 et 259.

les retenir comme garantie des salaires qui lui sont dus, à raison des objets confectionnés toujours en raison de l'indivisibilité de la rétention. La même solution serait encore applicable s'il y avait eu des livraisons successives dépendant d'une même commande (1).

Y a-t-il au contraire des contrats distincts, des commandes indépendantes quoique relatives aux mêmes choses, entre personnes absolument libres de les continuer ou de les interrompre, il faudra décider qu'alors même que l'ouvrier recevrait des matières premières pour une seconde commande avant d'avoir remis les objets manufacturés de la commande précédente et qu'il délivrerait ensuite ces derniers, il ne pourra pas retenir les matières premières qu'il détient pour se garantir du paiement des salaires afférant à la première commande. Remarquons, du reste, qu'il n'y a là rien de contraire à la règle de l'indivisibilité de la rétention, si la rétention ne reçoit plus ici son application c'est qu'il n'y a pas de connexité entre la créance et la chose détenue ; chaque convention devant être considérée isolément, on trouve de nombreuses décisions en ce sens en jurisprudence (2).

1. Cass., 9 décembre 1840, *J. P.*, 1840, t. II, p. 764.

2. Rouen, 9 juin 1826, S. 27. 2. 253 ; Angers, 6 juillet 1826, S. 27. 2. 50 ; Paris, 31 mai 1827, S. 28. 2. 42 ; Cass., 17 mars 1829, S. 29. 4. 445 ; Cass., 6 mars 1860, S. 61. 4. 551 ; Douai, 17 déc. 1877, D. 78. 5. 412 ; Bordeaux, 14 mai 1879, S. 79. 2. 207 ; Labbé, note du *J. P.*, 61, p. 657 et s. ; *Contrà* : Pardessus, *Dr. comm.* VI, n. 1202.

IV. Usufruitier sur l'immeuble donné en usufruit.

Il faut d'abord déterminer dans quelle mesure l'usufruitier peut devenir créancier du nu propriétaire à raison des impenses qu'il a faites à l'occasion de l'immeuble.

Deux points sont hors de doute. D'une part, l'usufruitier n'a droit à aucun remboursement à l'égard de ses impenses voluptuaires, il peut simplement les enlever à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état, (art. 599 C. civ. *in fine*) et les dépenses d'entretien restent à sa charge (article 605 C. civ.).

D'autre part, il a droit au paiement des avances qu'il a faites au nu propriétaire, dans les hypothèses prévues par les articles 609 et 612 du code civil de même que pour les grosses réparations ; il doit aussi être remboursé de ses impenses nécessaires.

La difficulté se présente à propos de l'article 599 qui déclare que l'usufruitier ne peut à la cessation de l'usufruit « réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites encore que la valeur de la chose en fût augmentée. » Le mot amélioration comprend-il ici toutes les dépenses utiles et notamment les constructions que l'usufruitier aurait faites sur le sol soumis à un droit d'usufruit ?

Une première opinion le prétend. On cite à l'appui des articles du code civil (articles 861, 1437, 1634, 2133, 2175), où les constructions sont certainement comprises

sous la dénomination d'améliorations. On ajoute que cela se comprend d'autant mieux que les précédents historiques sont dans ce sens le fr. 15 d'Ulpien au Digeste l. VII tit. I. *De usuf.*, dit expressément, d'une part, que l'usufruitier ne peut rien réclamer pour les constructions qu'il a édifiées et, d'autre part, qu'il ne peut pas en enlever les matériaux. Nos anciens auteurs adoptent la même théorie, l'usufruitier est censé avoir agi dans une intention de libéralité à l'égard du nu propriétaire (1).

Sans doute cette solution à première vue ne paraît pas équitable, mais n'est-il pas dit dans les travaux préparatoires que l'on s'est décidé en ce sens pour qu'il ne pût être au pouvoir de l'usufruitier de grever ainsi par avance le propriétaire de répétitions qui pourraient souvent lui être onéreuses (2).

De plus, ajoute-t-on, l'usufruitier savait pertinemment qu'il serait obligé de restituer l'immeuble un jour ou l'autre, il a agi en connaissance de cause et il n'y a rien d'étonnant à ce que la loi ne lui applique pas la même règle qu'au possesseur de mauvaise foi, qui lui, peut prescrire (3).

1. Pothier, *du Douaire*, n. 276-279 ; Domat, *Usufruit*, n. 49 ; *Lois civiles*, L. I, tit. XI, sect. I ; de Ferrière, sur l'art. 262 de la *Cout. de Paris*.

2. Locré, *Lég. civ. com. et cr. de la France*, t. VIII, p. 289, n. 44 ; Discours du tribun Gary, au corps législatif.

3. Du Courroy, Bonnier et Roustain, sur l'article 599 ; Toullier, III, n. 427 ; Proud'hon, *Usufruit*, III, n. 1437 et 1441 ; Pont, *Priv. et Hyp.*, 1. 635.

C'est l'opinion qui l'emporte en jurisprudence (1).

Nous préférons l'opinion contraire, qui est la plus suivie dans la doctrine. — La disposition de l'article 599 étant une dérogation au droit commun, au principe d'équité, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, doit, par conséquent, être restreinte aux améliorations dans le sens strict du mot et par suite, il ne faut pas l'étendre aux constructions nouvelles. Les travaux préparatoires viennent corroborer cette interprétation en nous indiquant les motifs de la disposition qui nous occupe, c'est afin d'éviter les contestations infinies que la question des améliorations pourrait soulever (2), il s'agit donc d'améliorations contestables ou difficilement appréciables en argent, et cela n'est pas le cas des constructions ; — les termes même de l'article montrent bien également que c'est là le motif de la disposition prescrite, quand il décide que l'usufruitier ne pourra demander aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites. — Un autre passage des travaux préparatoires nous montre que le législateur avait envisagé de « simples améliorations peu dispendieuses » (3), ce qui exclut encore les constructions. — A Rome, si on refusait à l'usufruitier, droit à toute indemnité pour les constructions qu'il avait édifiées, c'était

1. Bourges, 24 fév. 1837, S. 38. 2. 101 ; Colmar, 18 mars 1853, S. 54. 2. 624 ; Cass., 21 déc. 1863. S. 64. 1. 47 ; Cass., 4 nov. 1885, *Pand. fr.*, chr. VI, 1. 372.

2. Locré, *op. cit.*, *loc. cit.*

3. Fenet, *Trav. prép.*, XI, p. 222.

parce que dans ce droit, cette même solution s'appliquait à tous ceux qui avaient sciemment élevé des constructions sur le fonds d'autrui parce qu'ils étaient censés avoir voulu faire une libéralité au véritable propriétaire (1). Cette présomption de libéralité acceptée par nos anciens auteurs a été rejetée par les rédacteurs du Code civil, dans l'article 555, et rien ne prouve que l'art. 599 ait voulu déroger au principe consacré par cet article, il a simplement traité une question restée en dehors des décisions de l'article 555, celle des simples améliorations. Il faut donc décider que si l'usufruitier ne pourra rien réclamer pour les engrais, défrichements et autres améliorations similaires, il devra, au contraire, être assimilé au possesseur de mauvaise foi pour les constructions, et le propriétaire aura le choix, ou de lui permettre d'enlever les matériaux ou de conserver les constructions en remboursant le prix des matériaux et de la main-d'œuvre (2).

Ayant ainsi déterminé dans quelle mesure l'usufruitier est créancier du nu-propriétaire, nous décidons sans hésiter, qu'il aura la garantie de la rétention, car il remplit toutes les conditions que nous avons reconnues requises pour pouvoir y prétendre (3).

1. Fr. 7, l. 12, D. XLII.

2. Aubry et Rau, II, p. 204, note 23; Demolombe, IX, n. 695; Duranton, IV, n. 169; Marcadé, sur l'art. 555, n. 6; Glasson, *op. cit.*, p. 842 et s.

3. Demolombe, X, n. 595; Glasson, *op. cit.* p. 241; Proudhon *Usurp.* V, n. 2626 et s.; Zachariæ, p. 363, note 21.

Comme sa créance n'a pas sa source dans un contrat ou un quasi-contrat, les auteurs qui font de ce fait une condition nécessaire pour pouvoir user de la rétention, sont naturellement amenés à la lui refuser (1).

V. Voituriers sur les choses transportées.

L'ancien droit reconnaissait un privilège en faveur des voituriers sur les marchandises voiturées, aux teinturiers sur les marchandises teintes et en général à tous les ouvriers ayant travaillé et façonné quelque chose.

Le Code civil n'a reconnu de privilège qu'en faveur des voituriers, art. 2102. 6^e A ce privilège est uni un droit de rétention puisque les conditions requises à cet effet sont réunies et nous savons que ce droit peut être utile même pour des créanciers déjà munis d'un privilège.

Signalons un arrêt de la cour de Paris du 12 mai 1896 qui tout en reconnaissant le droit de rétention aux voituriers le refuse aux entrepreneurs de déménagements. Ces derniers n'ont en effet accompli leurs obligations que lorsqu'ils ont installé les objets transportés à leur nouvelle place ; jusque là ils ne peuvent réclamer de paiement. Leur contrat les forçant ainsi à se dessaisir des objets à l'occasion desquels leur créance est née ils ne peuvent les garder par devers eux à titre de garantie en un mot user de rétention (2).

1. Aubry et Rau, III, p. 256 bis, p. 418, note 15, M. Bufnoir à son cours.

2. Dall. 97. 2. 262.

VI. Mandataires. — Avoués.

Le mandataire en vertu de la doctrine que nous avons adoptée sur l'étendue de la rétention doit jouir de ce droit pour ses créances connexes aux choses qu'il détient et nées à l'occasion du mandat (1).

Les partisans du système restrictif lui accordent la rétention sur les biens qui lui sont confiés dans un but d'administration par le mandant car il y a là un vrai dépôt et l'article 1948 accorde expressément la rétention au dépositaire (2).

Les avoués étant des mandataires peuvent user de rétention sur les pièces de procédure qui sont leur œuvre pour leurs avances et déboursés et même sur les titres et pièces à eux confiés par leurs clients s'ils ont eu des frais à faire à leur occasion (3).

La jurisprudence qui admet ce droit en faveur des avoués décide que l'exercice de cette faculté ne doit pas entraver le cours de la justice. Si donc il s'agit d'un jugement de première instance frappé d'appel, l'avoué qui l'a obtenu devra remettre les pièces directement à l'avoué d'appel qui du reste les lui rendra une fois l'arrêt (4) rendu. Il ne pourrait pas non plus refuser à son client la communication des pièces (5).

1. Chambéry, 20 juin 1896. D. 97. 2. 182.

2. Cabrye, *op. cit.* n. 120.

3. Cass. 10 août 1870, *J. Pal.* 70. p. 1029.

4. Agen, 23 mai 1851, *J. P.* 54, tom. 1, p. 406 ; Cass. civ. 6 fév. 1877, S. 77. 1. 168 ; Pau, 20 juill. 1892, S. 93. 2. 8.

5. Bordeaux, 19 juin 1851, *Journal des Avoués*, 51, p. 582. Cass. 16 mars 1886, S. 90. 1. 507.

Il paraît bien certain d'un autre côté que les avoués ne pourraient pas retenir les pièces de la procédure comme garantie du paiement de leurs honoraires car ici la condition de connexité entre la créance et la chose retenue ne se rencontre plus.

C'était déjà la solution que donnait dans l'ancien droit l'ordonnance de Charles VII de 1453 (art. 43, 44) — solution qu'avait encore aggravée la loi du 3 brumaire de l'an II art. 17 qui semble même avoir refusé toute rétention aux avoués.

C'est la solution qui est la plus répandue dans la doctrine et la jurisprudence (1).

Par application des mêmes principes il faut encore accorder la rétention : à l'agent d'affaires par analogie à ce que nous venons de dire de l'avoué (2).

A l'agent de change ou au banquier qui a acheté des valeurs au compte de son client, pour le remboursement du prix de cet achat ou sur les valeurs qui lui ont été remises en couverture (3).

1. Bordeaux, 7 fév. 1866, S. 66. 2. 184. Cass. civ. 10 août 1870, S. 70. 4. 398; Trib. Seine, nov. 1894; *Contra* trib. Montélimar, 6 mars 1878, *J. Pal.* 68, p. 475.

2. Paris, 28 fév. 1857, S. 57. 2. 387; Rennes, 24 août 1859, S. 60. 2. 36; Rouen, 15 juin 1860, S. 61. 2. 542; Bordeaux, 7 fév. 1866, S. 66. 2. 184; Bordeaux, 7 fév. 1866, S. 66. 2. 124.

3. Metz, 23 juin 1857, S. 58. 2. 328; Trib. Seine, 15 mars 1890. *Le Droit*, 20 avril 1890; Paris, 28 fév. 1857, S. 57. 2. 387; Douai, 15 fév. 1858, S. 58. 2. 328; Rennes, 14 août 1859; S. 60. 2. 36.

Au commissionnaire, sur les marchandises par lui achetées et payées (1).

A l'huissier, sur les pièces et titres dans la même mesure que l'avoué, c'est-à-dire pour le remboursement de ses avances et déboursés, mais non pour ses honoraires (2).

Au notaire, toujours dans les mêmes limites (3).

Il faut encore reconnaître la rétention au profit des mandataires légaux : tuteurs, administrateurs envoyés en possession, communistes, cohéritiers, coassociés, au profit des gérants d'affaires (4).

VII. Propriétaire de la chose à l'encontre de l'usufruitier.

Nous avons vu, en étudiant les conditions requises pour pouvoir user de la rétention, qu'il fallait détenir la chose d'autrui. Ce n'est pas à dire pour cela que jamais un propriétaire ne pourra invoquer ce droit sur sa propre chose. Sans doute, le plus souvent ce droit lui serait inu-

1. Cass. 6 avril 1875. D. 75. 1. 354.

2. Rouen, 15 juin 1860, S. 61. 2. 542; 11 fév. 1870, S. 70. 2. 333; Cass. 10 août 1870, S. 70. 1. 318; 12 août 1873, D. 74. 1. 18; Bordeaux, 14 mai 1879, S. 79. 2. 207.

3. Cass. 10 août 1870; Dijon, 27 janvier 1887, S. 88. 2. 82. *Contrà* Trib. La Pointe à Pitre, 13 mars 1838.

4. Cass. 17 janv. 1866, S. 66. 1. 92; M. Glasson, *op. cit.* p. 150 et s.; Troplong; *Mandat*, n. 699 et s. Aubry et Rau, III, p. 256 *bis*, n. 116, etc. *Contrà* Cabrye, n. 120 et s.; Domenget, *Mandat* n. 305 et s.

tile, n'a-t-il pas, dans son droit de propriété même, l'arme la plus efficace. Il peut cependant se faire que le propriétaire d'une chose soit contraint, en vertu d'un contrat, de s'en dessaisir en faveur d'une autre personne tout en en conservant la propriété, c'est ce qui a lieu notamment en cas de constitution d'usufruit. Il se peut, d'autre part, que ce propriétaire ait été amené à faire sur le bien qu'il doit ainsi livrer des dépenses, qui sont à la charge de l'usufruitier. N'est-il pas alors équitable de lui permettre d'user de rétention sur sa propre chose et de l'autoriser à la conserver par devers lui jusqu'à ce qu'il ait été intégralement indemnisé ?

Ne trouvons-nous pas là tous les éléments de la rétention légale, l'existence d'une créance à l'occasion d'une chose sujette à restitution ?

La solution que nous donnons a été consacrée législativement par le Code civil de la Louisiane, qui se rapproche beaucoup du nôtre, dans son article 568.

TROISIÈME PARTIE GÉNÉRALE

APPENDICE

Droit comparé. — Conflits de Lois.

CHAPITRE PREMIER

DROIT COMPARÉ (1)

On peut diviser les législations étrangères modernes, au point de vue du droit de rétention, en trois groupes distincts :

On peut faire rentrer dans un premier groupe les législations qui, à l'exemple de la législation française, sans consacrer de dispositions relatives à l'organisation générale de la rétention, semblent cependant en la reconnaissant expressément dans un certain nombre d'hypothèses et en la refusant formellement dans d'autres cas l'admettre en principe.

1. V. M. Pret. *Du droit de rétention dans les législations étrangères modernes*, Guillaouard, *op. cit.* nos 36 et 37.

Dans un second groupe, on peut comprendre les législations qui restreignent d'une manière expresse le droit de rétention ou même le prohibent totalement.

Un troisième groupe se compose des législations qui organisent la théorie générale de la rétention.

Premier groupe. — La plupart des législations étrangères modernes rentrent dans ce premier groupe ; les auteurs et la jurisprudence semblent y considérer la rétention comme admise dans les limites du *debitum cum re junctum*, comme étant un droit réel fondé uniquement sur la possession ou détention de la chose d'autrui se perdant avec elle et ne donnant aucun droit de préférence sur le prix provenant de la vente des biens.

Nous allons passer rapidement en revue les plus intéressantes de ces législations et nous nous bornerons à énumérer les autres.

Italie. — 1^o Cas d'application de la rétention prévus dans notre Code civil : Le Code civil italien accorde expressément la rétention :

Au spécificateur (art. 470) ;

Au cohéritier soumis au rapport en nature de l'immeuble (art. 1023) ;

Au vendeur non payé (art. 1469) ;

Au dépositaire pour les dépenses faites à l'occasion du dépôt (art. 1883) ;

2^o Cas non prévus expressément par notre Code civil :

Le Code civil italien accorde encore la rétention :

Au possesseur de bonne foi (art. 706, 708, 709);

A celui qui a conservé ou amélioré la chose mobilière d'autrui (art. 717).

3° Il refuse d'une manière formelle la rétention au possesseur de mauvaise foi (art. 706).

4° Le Code de commerce italien reproduit dans son article 413 les dispositions de l'article 306 de notre Code de commerce relatives à la rétention du capitaine de navire.

Espagne. — 1° Cas prévus par notre Code civil : ont la rétention d'après le Code civil espagnol :

Le vendeur non payé (art. 2466 et s.) ;

Le dépositaire (art. 1780).

2° Cas en dehors de notre Code civil : ont encore la rétention :

Le possesseur de bonne foi (art. 423) ;

Le sauveteur ou conservateur de la chose (art. 615) ;

L'ouvrier (art. 1600) ;

Le mandataire (art. 1730) ;

3° Elle est expressément refusée à l'emprunteur (art. 1747) et au spécificateur (art. 383).

4° Le Code de commerce espagnol accorde la rétention au commissionnaire ordinaire et au commissionnaire de transport (art. 276) ;

Au dépositaire (art. 407).

Portugal. — 1° Cas prévus par notre Code civil : ont la rétention en termes exprès d'après le Code civil portugais :

Le dépositaire (art. 1450) ;

Le vendeur non payé (art. 1062).

2^o Cas non formellement prévus par notre Code civil :
ont encore la rétention :

Le sauveur ou conservateur de la chose d'autrui (art. 418) ;

Le possesseur de bonne foi (art. 498) ;

Le mandataire (art. 1349) ;

Le voiturier, batelier (art. 1349) ;

Le locataire pour ses dépenses nécessaires sur l'immeuble (art. 1614).

3^o Elle est expressément refusée à l'emprunteur (art. 1251, 1^o).

4^o Le Code de commerce portugais (art. 534) accorde la rétention au capitaine du navire pour le paiement du fret dans les mêmes limites que notre Code de commerce.

Belgique. — Ce pays a la même législation que la nôtre ; toutefois signalons deux lois du 10 janvier 1824, dont l'une dans son article 6 accorde la rétention au superficiaire, tandis que l'autre dans ses articles 7 et 8 la refuse à l'emphytéote à qui elle ne reconnaît que le *jus tollendi*. L'article 7 du nouveau projet de Code civil belge, donne la rétention à celui qui a sauvé ou conservé la chose mobilière d'autrui,

Hollande. — 1^o Cas prévus dans notre Code civil : le Code civil hollandais accorde expressément la rétention :

Au propriétaire exproprié (art. 625) ;

Au vendeur non payé (art. 1514 et s.) ;

Au dépositaire (art. 1766).

2^o Cas non prévus par notre Code : la rétention est encore reconnue en faveur :

Du possesseur de bonne foi (art. 630 et 631) ;

Du superficiaire (art. 762) ;

Du mandataire (art. 1849).

3^o Le Code de commerce hollandais donne la rétention au commissionnaire dans son article 84 ; son article 487 reproduit relativement à la rétention du capitaine de navire les dispositions de notre Code de commerce.

Grèce. — 1^o Cas prévus par notre Code civil : d'après le projet de Code civil grec (1) : ont la rétention :

Le propriétaire exproprié (art. 576) ;

Le spécificateur (art. 608) ;

Le cohéritier soumis au rapport en nature de l'immeuble (art. 1230) ;

Le dépositaire (art. 1886).

2^o Cas non prévus par notre Code civil : Ont encore la rétention :

Le possesseur de fruits pour les dépenses faites pour les produire ou les recueillir (labours, semences, frais de transport, etc.) (art. 578) ;

1. Le Code civil grec est toujours à l'état de projet et il en sera encore longtemps ainsi. C'est le droit romain, modifié par des lois importantes, notamment en matière, hypothécaire qui est en vigueur.

Celui qui a fait des dépenses sur la chose d'autrui (art. 588) ;

Le superficiaire (art. 860) ;

Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (article 921).

Angleterre. — Cette législation occupe une place à part parmi les législations modernes par son absence de codification. Le droit tant civil que commercial se trouve dans la coutume (common law), dans un certain nombre de lois dont les unes très importantes sont pour ainsi dire de vraies codifications partielles et dans un nombre considérable d'autres lois et règlements remontant quelquefois à des dates très reculées.

La rétention se trouve comprise dans les « liens » ou garanties, elle est désignée sous le nom de « particular lien ». Les commentateurs anglais la définissent comme le droit de garder la chose d'autrui que l'on détient et à l'occasion de laquelle on a quelque réclamation à faire valoir, quelque demande à exercer, jusqu'à complet désintéressement. La possession effective ou par intermédiaire, possession accordée du consentement formel ou tout au moins implicite du propriétaire de la chose, la connexité, sont les conditions exigées pour pouvoir en user (1).

Elle ne peut garantir que des demandes certaines et liquides.

1. Par application de cette condition de connexité, l'emprunteur à usage ne peut retenir la chose empruntée comme garantie d'une autre créance. (*Story commentary on the law of bailments*, § 264).

Elle se perd par la renonciation de celui qui en est investi ou par la perte volontaire de la possession, ou par l'acceptation d'une autre sûreté, mais elle subsiste au cas où l'action directe en réclamation serait paralysée.

Le « particulier lien » consiste dans le simple droit de retenir, c'est une défense à toute demande en restitution ; c'est aussi un titre à réclamer la possession en cas de dépossession injuste. Il ne donne pas en principe le droit de vendre la chose sur laquelle il s'applique ; il en serait autrement si la chose retenue entraînait de trop grands frais de conservation ; les tribunaux de l'amirauté donnent aussi ce droit en matière maritime d'après Wharton (1).

Ont notamment la rétention (2) :

Le possesseur de bonne foi qui a fait des améliorations et constructions sur le terrain d'autrui.

Le vendeur non payé.

Les hôteliers et aubergistes, sur les effets des voyageurs pour les frais de nourriture et de logement, sur les chevaux pour les frais d'écurie.

Les voituriers, sur la chose transportée pour frais de route.

Le capitaine de navire, sur les bagages du passager pour le prix de la traversée, sur la cargaison pour le paiement du frêt, des réparations nécessaires.

1. A *Law lexicon* au mot liens.

2. Stephen, *New Commentaries on the laws of England*, II, p. 93. Broom and Hadley, *New Commentaries on the laws of England*, II, p. 228 et s., *The cabinet lawyer*, ch. XV p. 513. Wharton, *op. cit. loc. cit.*

L'ouvrier ou entrepreneur, sur les choses qu'il a façonnées ou confectionnées : ainsi, ne sont pas forcés de livrer avant d'avoir été payés : le tailleur, les habits qu'il a faits ; le bijoutier, la pierre qu'il a montée ou le sceau qu'il a gravé ; le teinturier, le fabricant d'indiennes, les étoffes qui leur ont été confiées, etc.

Les sollicitors, sur les titres et papiers confiés par leurs clients pour leurs avances, frais déboursés et même pour leurs honoraires (1).

Signalons, enfin, un dernier cas d'application. D'après les lois du 13 août 1875, 25 août 1883 et 18 août 1890, les fermiers anglais ont droit de demander au propriétaire une indemnité pour les améliorations qu'ils ont apportées aux terres ou fermes. Beaucoup de bons esprits pensent qu'il serait utile pour notre agriculture d'introduire une disposition analogue dans notre législation (2). Le droit du fermier est sanctionné d'après M. Olier, par un droit de rétention dans les lois anglaises précitées (3).

Canada. — 1^o Cas prévus par notre Code civil : Le Code civil du Bas-Canada reconnaît expressément le droit de rétention :

1. Bailey. *Manuel pratique de procédure anglaise*, p. 40-42; Lehr. *Droit civil anglais*, n^o 564.

2. Parmentier. *La législation anglaise sur l'indemnité de plus value au fermier sortant*. *Journal des Economistes*, 1890, I, p. 321. V. tout dernièrement encore le discours de M. Paul Deschanel à Lyon, le 4^{er} mai 1898.

3. *Op. cit.*, p. 477.

Au propriétaire exproprié (art. 407) ;

Au cohéritier soumis au rapport en nature de l'immeuble (art. 632) ;

Au dépositaire (art. 1812) ;

2° Cas en dehors de notre Code civil : Ont encore la rétention :

Le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué (article 419) ;

Celui qui a amélioré la chose mobilière d'autrui (article 441) ;

L'emphytéote (art. 582) ;

Le donataire ou légataire (art. 729) ;

Le mandataire, qui a en outre un privilège (art. 1723) ;

3° La rétention est refusée à l'emprunteur (art. 1770).

Faisons observer que d'après ce Code le rétenteur est assimilé à un créancier gagiste par l'art. 1994, § 4, et par l'art. 2001, et qu'il a par conséquent un droit de préférence sur le prix de la chose détenue.

Rentrent encore dans ce premier groupe les législations de Monaco, de Roumanie, d'Ecosse, d'Irlande, des provinces baltiques de Turquie, d'Egypte, des Etats-Unis, de la Louisiane, du Mexique, du Vénézuëla, de Guatemala, d'Haïti, du Chili, de la Bolivie, du Pérou, du Brésil.

Citons à part, les Codes danois et norwégiens, qui sans réglementer ni restreindre l'exercice de la rétention, l'accordent expressément dans des hypothèses qui diffèrent de celles les plus ordinairement prévues par les lois des autres nations.

Deuxième groupe. — Quatre législations seulement sont expressément prohibitives ou restrictives de l'étendue du droit de rétention.

1° *Autriche.* — La législation autrichienne reconnaît expressément la rétention en faveur des commerçants (art. 313) Code de commerce en faveur de l'avocat (ord. du barreau art. 19).

Le Code civil prohibe d'une manière absolue le droit de rétention, cette prohibition résulte de la combinaison des articles 334 et 471. — Le seul droit qui est reconnu au détenteur ou possesseur de la chose d'autrui, créancier à raison de cette même chose, est de la placer sous la garde de la justice et de la frapper d'arrêt si elle est mobilière, d'en demander la mise en séquestre si elle est immobilière.

2° *Serbie.* — Le Code civil serbe pas plus que le Code de commerce ne contient de disposition expresse prohibant la rétention, mais elle n'y est mentionnée nulle part et comme ces codes ont été rédigés sous l'influence de la législation autrichienne, il faut en conclure que la rétention n'y est pas non plus admise.

3° *Uruguay.* — Le Code civil de l'Uruguay déclare formellement dans son art. 2075 2° que le créancier ne peut user du droit de rétention sans le consentement du débiteur que dans les cas expressément prévus par des textes. Ces cas sont d'ailleurs assez nombreux ;

1° Cas prévus par notre Code civil : le propriétaire

exproprié (art. 144), le spécificateur (art. 702), le vendeur non payé (art. 1662) le dépositaire (art. 2232 ;)

2° Cas en dehors des prévisions de notre Code civil : le possesseur de bonne foi, le possesseur de mauvaise foi pour ses dépenses nécessaires seulement (art. 660, 661) l'ouvrier ayant amélioré la chose mobilière d'autrui (art. 1828), le mandataire pour des avances et même pour son salaire art. 1723 ;

3° L'article 2200 refuse expressément la rétention à l'emprunteur.

Le Code de commerce l'accorde au capitaine du navire (art. 1187).

4° *Iles Ioniennes*. — Le Code civil des Iles Ioniennes accorde expressément la rétention, dans un certain nombre d'hypothèses, en général celles prévues également par le Code civil français, mais il semble résulter de la combinaison de deux textes du contrat de mariage qu'il entend la refuser dans tous les autres cas.

Troisième groupe. — Quatre législations ne se sont pas contentées d'accorder ou de refuser expressément la rétention mais ont consacré quelques articles à en régler l'étendue et les effets.

1° *Allemagne*. — Le Code civil Prussien donne une définition du droit de rétention dans son article 536 ; il exige comme conditions la possession de bonne foi et la connexité (art. 534 et 538). — Enfin il décide que ce droit est opposable à tous au moins dans le cas où la chose a profité de la créance (art. 545 et 546). — En cas de con-

cours des créanciers sur le prix provenant de la vente le rétenteur n'a aucun droit de préférence.

Le Code civil Saxon contient des dispositions analogues. Le Code civil Allemand, qui entrera en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1900, reproduit à peu près les mêmes dispositions (art. 333 et s.). Il admet la généralité du droit de rétention dans les limites de la connexité (art. 233); il exige également la condition de bonne foi de la part du possesseur ou détenteur (art. 235); il permet au propriétaire de la chose de la reprendre en fournissant une garantie réelle au créancier, mais une caution serait insuffisante.

Le Code de commerce Allemand (art. 343-346 et 453) relativement à l'étendue de la rétention l'accorde d'une façon bien plus large aux commerçants. Il suffit au créancier de détenir une chose appartenant à son débiteur pourvu que la créance invoquée et la chose retenue se rattachent à des relations d'affaires existant entre les parties.

Ce même code, relativement aux caractères et aux effets du droit de rétention, décide qu'en cas de faillite le rétenteur est investi d'un véritable privilège : il pourra se payer par préférence sur les biens ou les valeurs qu'il détient sans subir la loi du concours. — C'est donc bien un droit réel (1).

1. Contra M. Saleilles. *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand. Bulletin de la Société de législation comparée*, p. 480 et s.

2^o *Suisse*. — Le Code fédéral suisse des obligations comme la législation Allemande, n'exige la condition de connexité qu'entre non commerçants (art. 1224). Elle reconnaît la réalité de la rétention en décidant que la faillite ne porte pas atteinte à son exercice et en accordant au créancier rétenteur s'il n'est pas remboursé ou si une autre garantie ne lui est pas offerte, le droit de poursuivre la réalisation de la chose retenue comme un créancier gagiste (art. 226 et 228) (V. aussi art. 227).

3^o *Japon*. — Le Code civil du Japon règle formellement la question de l'étendue du droit de rétention. Il déclare qu'outre les cas expressément prévus par les textes il y aura lieu à rétention toutes les fois que les trois conditions suivantes seront réunies : une chose détenue en vertu d'une cause légitime, une créance et qu'il existe une connexité entre la créance et cette chose (art. 92).

Relativement aux caractères et aux effets de la rétention, ce codé décide qu'elle ne donne aucun droit de préférence sur le prix de la chose retenue ; la seule faveur accordée dans cet ordre d'idées au rétenteur est de pouvoir imputer les fruits par préférence aux autres créanciers d'abord sur les intérêts ensuite sur le capital de sa créance (art. 94, 95). La rétention consiste uniquement dans le droit de demeurer en possession jusqu'à complet désintéressement ; aussi le débiteur conserve le droit de vendre sa chose, ses créanciers le droit de la saisir et de la faire vendre, mais l'acquéreur ou l'adjudicataire

ne pourra entrer en possession avant d'avoir intégralement remboursé le créancier rétenteur.

L'article 96 règle la responsabilité du créancier rétenteur et lui applique les mêmes règles qu'au créancier gagiste ; il décide en outre que son droit se perd au cas où il a négligé ou cessé de l'exercer effectivement.

4° *République Argentine.* — Le Code civil de la République Argentine consacre huit articles composant le titre 2 de la section II du livre IV à l'organisation générale de la rétention légale. Après avoir défini la rétention le droit pour un détenteur de conserver la chose d'autrui jusqu'à ce qu'il soit payé de ce qui lui est dû à raison de cette chose (art. 1), il règle la question de l'étendue de ce droit et décide qu'il y aura lieu à rétention toutes les fois qu'il y aura connexité à l'occasion d'un contrat ou d'un quasi-contrat ; c'est la consécration législative de la solution que donnent MM. Aubry et Rau et M. Bufuoir à cette même question dans notre droit.

Quant à ce qui est des caractères et effets du droit de rétention les articles 3, 4, 5, 8 nous montrent que c'est un droit réel opposable à tous sans toutefois empêcher l'exercice des privilèges généraux, un droit indivisible, reposant sur le fait de la détention. La remise ou l'abandon volontaire de la chose y mettent fin ; au cas de dépossession involontaire le créancier rétenteur a l'exercice de l'action possessoire s'il s'agit d'un immeuble

(art. 6) ; il ne peut poursuivre la restitution d'un meuble qu'au cas de vol ou de perte (art. 7).

Il résulte de cette rapide revue des législations étrangères modernes que toutes font à la rétention légale une place plus ou moins large ; ce qui se comprend étant donné que la base de cette institution est l'équité et qu'elle n'est que la consécration du principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui.

Sans doute quelques législations restreignent l'étendue de la rétention, mais la plupart l'admettent d'une manière large et c'est la théorie du *debitum cum re junctum*, la théorie qu'a adoptée, selon nous, le législateur français qui est de beaucoup la plus suivie ; c'est d'ailleurs, à notre avis, la meilleure en législation.

Il est à remarquer que plusieurs législations reconnaissent plus aisément la rétention en faveur des commerçants ; ainsi fait le Code de commerce autrichien ; c'est aussi pour la même raison que les Codes allemand et suisse l'accordent en dehors de toute connexité du moment que la créance est née à l'occasion des relations commerciales existant entre les parties. Il nous semble bien qu'en pareil cas la rétention est détournée de son sens et de son but habituels ; elle sert alors à sanctionner une idée et un but tout différents mais également exacts. On a voulu par là assurer la sécurité des transactions commerciales en donnant aux commerçants un droit de gage, un droit de recours sur les valeurs ou les biens de la personne qui n'exécute pas ses obliga-

tions envers eux. C'est pour réaliser ce même but que le droit anglais reconnaît l'existence d'un « general lien » en faveur de certaines professions ou de certains métiers ou à raison d'un commerce habituel entre les parties. Ce qui montre bien qu'il en est ainsi c'est que la rétention comme on l'entend ordinairement, simple droit de détenir la chose, serait impuissante à donner ce résultat et que les Codes allemand et suisse ont été amenés par suite à lui reconnaître des effets plus étendus et en ont fait un véritable privilège en décidant qu'elle donnait le droit d'être payé par préférence.

Relativement aux effets de la rétention légale, la plupart des Codes étrangers semblent l'envisager comme le droit de conserver la détention de la chose jusqu'à l'entier paiement, droit opposable aux tiers, ne comportant ni droit de suite ni droit de préférence. Nous avons cependant constaté que certaines législations allaient plus loin et assimilaient le rétenteur au créancier gagiste.

CHAPITRE II

CONFLITS DE LOIS

Les différentes législations n'admettant pas la rétention légale dans les mêmes limites et ne lui reconnaissant pas les mêmes effets, des conflits peuvent s'élever entre elles — à laquelle devra-t-on se référer ?

Trois systèmes ont été présentés en réponse à cette question.

1^{er} Système. — D'après M. Laurent la question ne peut recevoir une réponse unique ; la loi française n'a admis la rétention légale que dans certains cas exceptionnels ; elle n'en a pas déterminé les effets, il faut donc décider suivant chaque hypothèse particulière — ainsi au cas de l'article 1612 du Code civil il s'agit d'un pur droit personnel en faveur du vendeur, c'est donc la *lex loci contractus* qui doit être appliquée — ainsi au contraire au cas de l'article 867 bien qu'il s'agisse encore ici d'un droit personnel, comme il s'agit dans ce cas du droit héréditaire et que les successions en ce qui concerne les immeubles sont régies d'après la loi française, par la loi

de la situation il faut décider que c'est cette même loi qu'il faudra appliquer dans cette hypothèse (1).

Nous ne saurions adopter ce système qui repose essentiellement sur deux idées que nous avons combattues et rejetées comme également fausses à savoir que la rétention légale n'est admise en droit français qu'en vertu d'un texte formel et que ses effets ne sont pas constants ; nous avons établi, au contraire, que notre Code civil admettait la rétention en principe et qu'il la considérait comme un droit opposable à tous.

2^o *Système*. — On distingue dans un deuxième système suivant qu'il s'agit de la rétention légale immobilière ou de la rétention légale mobilière.

S'agit-il du droit de rétention sur un immeuble, c'est la *lex rei sitæ* qu'il faudra appliquer car il y a là un fait accompli à l'égard de la chose même donnant un droit opposable aux tiers et que la même loi doit régir tous les rapports entre le propriétaire et le possesseur de la chose avec les tiers.

S'agit-il du droit de rétention en matière mobilière, trois lois différentes pourraient être appliquées : la loi du domicile du propriétaire, la loi du lieu où se trouvent les meubles au moment où la restitution ou livraison est demandée, la loi du lieu où a été accompli le fait juridique qui a donné naissance à la rétention.

C'est cette dernière loi qui doit en principe régir le droit de rétention à la condition toutefois « que le fait

1. Laurent, *Droit civil international*, VII, n^o 407.

de la détention continue à subsister là où est en vigueur la loi sous l'empire de laquelle le droit est né » (1).

3^e *Système*. — Un troisième système qui est le plus généralement suivi décide qu'il n'y a pas de distinction à faire et que c'est toujours la *lex rei sitæ* qui doit être appliquée.

En ce qui concerne la rétention immobilière, déjà le précédent système donnait la même solution et cette solution s'impose en effet étant donné l'article 3 du Code civil.

Pour la rétention mobilière, sans nous préoccuper de la solution qui pouvait prévaloir dans notre ancien droit, sans rechercher quelle règle il convient d'appliquer aux universalités mobilières, nous devons donner la même décision. On admet généralement que les meubles considérés individuellement doivent être régis par le statut réel ; c'est ce que décident expressément certains codes étrangers (2), c'est l'opinion qui l'emporte en doctrine et en jurisprudence (3). Cette solution est d'ailleurs la plus conforme au crédit public et par suite à l'intérêt général (4).

1. Pasquate Fiore, *Poss. et dr. de rétention*, trad. Ch. Antoine, *France judiciaire*, 1889, p. 261 et s.

2. Code espagnol, art. 10. Code saxon, art. 40. Code civ. du Canton de Berne, art. 4, etc.

3. Cass., 19 mars 1872, D. 74. 1. 265. Douai, 11 déc. 1894, D. 94. II, 193.

4. De Boek, note sous Douai, D. 94, II, 193.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction.	1
Principe de la distribution au marc le franc.	1
Des causes de préférence de leur limitation aux seuls privilégiés et hypothèques. Exceptions apparentes à cette règle.	5
Du droit de rétention. Généralités. Division du sujet.	12

I. — PREMIÈRE PARTIE GÉNÉRALE.

Partie historique comprenant deux sections et un appendice.

Section I. — Droit romain.	15
Origine de la rétention à Rome. De l'exception de dol	15
Conditions d'existence du droit de rétention. Son étendue	19
Caractères et effets.	26
Modes d'extinction.	32
Principaux cas d'application.	33
Section II. — Ancien droit.	42
Chapitre I. — Lois barbares. coutumes, ordonnances.	42
Chapitre II. — Théorie du droit de rétention.	64
Nature et effets.	65
Question de l'étendue.	74
Principaux cas d'application.	82
Appendice. — Législation intermédiaire.	84

II. — DEUXIÈME PARTIE GÉNÉRALE.

Droit actuel.

Section I. — Le droit de rétention d'après les textes.	87
§ 1. Dispositions du Code civil concernant le droit de rétention.	87

§ 2. Dispositions du Code de commerce concernant le droit de rétention.	106
Section II. — Théorie du droit de rétention.	112
Chapitre I. — De la nature et de l'étendue du droit de rétention	114
§ 1. Nature du droit de rétention.	114
§ 2. Etendue du droit de rétention	115
Chapitre II. — Caractères et conditions générales d'existence.	127
§ 1. Caractères de la réalité du droit de rétention	127
§ 2. Conditions générales d'existence.	139
Chapitre III. — Comment s'exerce le droit de rétention. Ses effets	147
§ 1. Comment s'exerce le droit de rétention.	147
§ 2. Effets du droit de rétention, à l'égard du débiteur	152
A l'égard des tiers	158
Avantages et inconvénients	168
Chapitre IV. — Modes d'extinction du droit de rétention.	171
I. Par voie de conséquence.	171
II. Par voie principale.	176
Chapitre V. — Principaux cas d'application de la rétention en dehors des textes	178
I. Possesseur de bonne et de mauvaise foi.	178
II. Tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.	190
III. Ouvriers ayant amélioré la chose mobilière d'autrui.	196
IV. Usufruitier	199
V. Voiturier	203
VI. Mandataires, avoués, gérants d'affaires	204
VII. Propriétaire vis-à-vis de l'usufruitier	206
Appendice. — 3 ^e Partie générale. Droit comparé et conflits de lois.	209
Chapitre I. — Droit comparé.	209
1 ^{er} Groupe de législations.	210

2 ^e Groupe.	218
3 ^e Groupe.	219
Chapitre II. — Conflits de lois	225

Vu par le Président de la Thèse :

A. WEISS.

Vu par le Doyen :

E. GARSONNET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

